

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES
ACTES ACCOMPLIS PAR LE MARI
SUR LES BIENS DE LA COMMUNAUTE
EN FRAUDE DES DROITS DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 2 Juin 1924, à 2 heures

PAR

Jean VÉRON

Lauréat de la Faculté de Droit de Lille

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur
Suffragants } *MM. MEYNIAL, professeur*
 } *PILON, professeur*

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1924

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES

ACTES ACCOMPLIS PAR LE MARI

SUR LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ

EN FRAUDE DES DROITS DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 2 Juin 1924, à 2 heures

PAR

Jean VÉRON

Lauréat de la Faculté de Droit de Lille

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

Suffragants { MM. MEYNIAL, professeur
PILON, professeur

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



BIBLIOGRAPHIE (1)

AUTEURS ANCIENS

- Argentré (d') (Argentraeus)*. — *Commentarii in patrias Britonum leges*. Parisiis, 1621, 1 in-fol.
- Beaumanoir*. — *Les Coutumes de Beauvoisis*. Ed. Beugnot. Paris, 1842, 2 in-8°.
- Bourdot de Richebourg*. — *Nouveau Coutumier général*. Paris, 1724, 4 vol. (t. IV).
- Coquille (Guy)*. — *Questions et réponses sur les Coutumes de France*. Paris, 1634, 1 in-8°.
- Dumoulin (Molinaeus)*. — *Omnia quae exstant opera*. Parisiis, 1681, 5 in-fol. (t. I).
- *Notes sur les Coutumes de France*. Paris, 1715.
- *Coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris avec les notes de C. du Molin : ensemble les observations... etc.*, 2 vol. Paris, 1709.
- Ferrière*. — *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*. Paris, 1762, 2 in-8°.
- Loysel*. — *Institutes coutumières avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, 2^e éd. Paris, 1783, 2 vol.
- Laurière (de)*. — *Textes des Coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris*. Paris, 1777, 2 vol. (t. II).
- Lebrun*. — *Traité de la Communauté*. Paris, 1754, 1 vol. in-fol.
- Pothier*. — *Traité de la Communauté*. Edition Bugnet. Paris, 1845 (t. VII).

AUTEURS MODERNES

- Acher*. — *Origines de la Communauté conjugale (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1906, p. 351)*.
- *Essai sur la nature de l'Action paulienne (Revue trimestrielle de Droit civil, 1906, p. 85)*.

1. Ne sont indiqués sous cette rubrique que les ouvrages fondamentaux ou les plus souvent cités au cours de cette étude. Les autres sont signalés en note.

- Aftalion*. — La femme mariée. Paris, 1899.
- Aubry et Rau*. — Cours de Droit civil français, 5^e éd., t. VIII. Paris, 1916.
- Baudrez*. — Limites aux pouvoirs du mari dans l'administration de la Communauté. Thèse Paris, 1905.
- Baudry-Lacantinerie*. — Précis de Droit civil. Paris 1922 (t. II).
- Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville*. — Traité théorique et pratique de Droit civil, t. XVI, 3^e éd., 1906.
- Boistel*. — Des limites à apporter aux pouvoirs du mari (Réforme sociale, 1902).
- Butel*. — Etude critique sur l'idée de la personnalité dans la Communauté. Thèse Paris, 1901.
- Chauvin*. — Etude sur la nature juridique de la Communauté entre époux. Thèse Caen, 1906.
- Coquelle*. — Des droits de la femme sur les biens communs. Thèse Paris, 1908.
- Chéron (Albert)*. — Etude sur l'adage *uxor non est proprie sociæ sed speratur fore*. Thèse Paris, 1901.
- Colin (Ambroise) et Capitant (H.)*. — Cours élémentaire de droit civil français, 2^e éd. Paris, 1920 (t. III).
- Dalloz*. — Jurisprudence générale (Répertoire : V^o Contrat de mariage).
- Fenet*. — Recueil des travaux préparatoires du Code civil (t. XIII). Paris, 1836, in-8^o.
- Fuzier-Hermann*. — Répertoire, t. XII (V^o Communauté conjugale, n^o 1140 et s.).
- Gaudemet (Eugène)*. — Aliénation par le mari d'un immeuble commun en fraude des droits de la femme (Rev. trim. de Droit civil, 1910, p. 423).
- Guénée (Louis)*. — Note de Jurisprudence sous Civ., 8 juillet 1912. D. 1913.1.409.
- Huc*. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. Paris, 1896 (t. IX).
- Lauribar (Paul de)*. — Le Code de l'Eternelle mineure (Philosophie du droit féminin. Paris, Plon, 1922).
- Lefebvre (André)*. — Les obligations contractées par la femme commune en biens avec l'autorisation du mari. Thèse Lille, 1909.
- Lefebvre (Charles)*. — Histoire du Droit matrimonial français (Le Droit des gens mariés. Paris, 1912).
- Cours de Doctorat sur l'histoire du Droit civil français (Les Fortunes anciennes au point de vue juridique, leçons d'ouverture. Paris, 1912).
- Lyon-Caen (Léon)*. — Régime matrimonial de droit commun (Bulletin de la Société d'études législatives, 1922).

- Masse.* — Caractères juridiques de la communauté entre époux dans ses précédents historiques. Thèse Paris, 1902.
- Meynial.* — Le caractère juridique de la Communauté entre époux (Revue trim. de Droit civil, 1903, p. 811).
- Pilon.* — Cours de Droit civil professé à la Faculté de Droit de Lille, 1910-1913.
- Planiol.* — Traité élémentaire de Droit civil, 3 vol., 1920.
- Toullier.* — Le Droit civil français, 5^e éd. Paris, 1830-1843, (t. XII).
- Troplong.* — Le Droit civil expliqué (Du Contrat de mariage, t. II, Paris, 1850).
- Vignerot (Pierre).* — La Fraude dans les transports de droits. Thèse Paris, 1923.
- Wahl.* — Note de Jurisprudence sous Agen, 11 février 1896, au Sirey, 99.2.73.

LES
ACTES ACCOMPLIS PAR LE MARI
SUR LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ
EN FRAUDE DES DROITS DE LA FEMME

INTRODUCTION

« Les transformations juridiques ne nécessitent, grâce au juriste, aucune convulsion sociale. Les institutions qu'il imagine, aussi bien que celles qu'il modifie sont le reflet de la société, des besoins, de l'esprit public du moment, du milieu où il se meut. Il est à la fois le plus solide appui de la conservation et le plus hardi pionnier du progrès. Et tout s'opère, grâce à lui, dans la sécurité de l'ordre et sous les rameaux de la Paix, sans secousse, sans révolution. »

H. LÉVY-ULLMANN, *Programme d'un cours d'introduction au Droit civil*. Lille, 1902-1903.

L'article 225 de la Coutume de Paris de 1580 était ainsi conçu :

« Le mary est seigneur des meubles et conquest immeubles par lui faits durant et constant le mariage de luy et de la femme : en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs à son plaisir et volonté sans le consentement de sa dite femme, à personne capable et sans fraude. »

Par sa disposition finale, cet article 225 entendait donc interdire au mari administrateur des biens communs de faire des actes, au moins des actes à titre gratuit, en fraude des droits de sa femme.

Cette disposition d'une ancienne coutume est-elle toujours en vigueur ? Ainsi posée la question peut paraître étrange et il semble que la négative s'impose en présence de la loi du 30 ventôse an XII qui, en donnant date définitive à notre Code civil a décidé en même temps dans son article 7 l'abrogation des ordonnances et coutumes générales ou locales.

Pourtant on pourrait en douter en feuilletant certains arrêts de la jurisprudence la plus récente. Dans un arrêt du 11 novembre 1909, c'est en se basant sur l'article 225 de la Coutume de Paris, qu'elle cite tout au long dans les motifs de sa décision, que la Cour de cassation de Belgique déclare nulle comme étant frauduleuse la donation faite par un mari au mépris des droits des héritiers de sa femme.

Beaucoup d'autres décisions, si elles sont moins caractéristiques dans leurs termes et si elles se contentent de rappeler le principe de nullité des donations frauduleuses, se réfèrent en réalité à la même autorité, à la même tradition coutumière.

C'est encore à cette règle de l'ancien droit, à ce vestige d'une législation périmée, que la presque unanimité de la doctrine se réfère pour admettre le même point de vue.

La raison de ce retour au passé vient de ce que jurisprudence et doctrine ne trouvent point dans

notre Code civil un texte pouvant servir de base à des décisions que commandent des principes supérieurs de morale et d'équité et qu'elles veulent conformes aux solutions traditionnelles.

Le Code civil en effet, au moins dans son texte, n'a pas recueilli la disposition finale de l'article 225 de la Coutume de Paris. Il n'en parle pas ou plutôt il n'en parle que dans le cas particulier où les époux sont en instance de séparation de corps ou de divorce.

Nous verrons au cours de ce travail les raisons de cette lacune qui, si elle n'est pas le fait d'un oubli n'implique pas non plus l'intention d'abroger la disposition dont il s'agit.

Bornons-nous pour le moment à constater dans notre droit actuel, en l'absence d'un texte législatif, la survivance d'une tradition coutumière affirmée par les auteurs et les tribunaux.

Ainsi le principe contenu dans l'article 225 *in fine* de la Coutume de Paris se sera perpétué, tant il est vrai que le droit peut se suffire à lui-même sans le secours de la loi et cet exemple, en passant, dégage une fois de plus la notion de sa pérennité. Mais ce qui est plus remarquable c'est que cette règle de droit qui n'est plus écrite nulle part, aura continué de vivre, d'évoluer, de s'étendre. Elle aura servi de base à des discussions doctrinales qui ne sont pas encore éteintes, à une construction jurisprudentielle qui n'est pas encore terminée.

C'est cette évolution que nous nous proposons de suivre et d'étudier.

En examinant de près les solutions admises et les tendances actuelles, il se dégage l'impression qu'on peut trouver dans la défense faite au mari de passer un acte en fraude des droits de sa femme plus qu'une limitation partielle ou accessoire des pouvoirs que ce dernier possède sur les biens communs, mais un véritable contrepoids à ces pouvoirs eux-mêmes si considérables qu'ils soient.

Que n'a-t-on pas dit, que n'a-t-on pas écrit au sujet des pouvoirs du mari sur les biens communs ?

Peu de sujets ont autant passionné nos anciens auteurs et les premiers commentateurs du Code civil. Plus récemment il n'y a pas eu de meilleur argument aux mains de ceux qui, ces dernières années, ont demandé au législateur, en faveur de la femme, des réformes que commandait un état social nouveau et dont certaines ont abouti. Ce sont encore ces pouvoirs maritaux qui donnent aujourd'hui leurs meilleures armes aux juristes d'avant-garde et aux féministes militants pour demander des réformes plus profondes et plus radicales, depuis l'abolition du régime légal de la Communauté jusqu'à l'émancipation pleine et entière de la femme mariée et sa mise sur le pied d'égalité complète avec l'homme.

L'importance de ces tendances nouvelles et de ce mouvement d'émancipation féminine ne nous a pas échappé. Nous aurons l'occasion de les signaler en passant au cours de ce travail et même d'émettre un

avis à leur sujet. Mais, disons-le tout de suite, le but que nous poursuivons n'est point tendancieux.

Notre intention n'est pas, après critique des pouvoirs du mari chef de Communauté, tels que ces pouvoirs résultent de notre Code civil, de porter la question, comme d'autres l'ont fait avant nous, dans le domaine des réformes sociales ou dans celui des études législatives.

Nous cantonnant plus étroitement sur le terrain juridique c'est l'analyse critique d'une simple *question de droit* que nous voulons tenter, question dont les éléments se trouvent nettement posés par les termes mêmes du titre de notre thèse :

Dans une première partie, nous chercherons tout d'abord, en effet, à fixer les données du problème et son champ d'application. Nous analyserons successivement dans ce but les actes que le mari peut accomplir sur les biens communs, ce qu'est la fraude et comment caractériser l'acte frauduleux ; enfin ce qu'il faut entendre par acte fait en fraude des droits de la femme.

Sans doute serait-il téméraire de prétendre écrire quoi que ce soit de vraiment nouveau sur une question qui fut aussi étudiée et discutée que celle des pouvoirs maritaux et des abus auxquels ils peuvent donner naissance. Mais il nous a paru, en lisant les nombreux ouvrages qui traitent de la nature juridique de la Communauté, et dont les auteurs ont cherché dans des systèmes, soit purement théoriques soit basés sur des recherches historiques, la

solution du juste équilibre qui doit exister entre les pouvoirs nécessaires du mari et les droits respectables de la femme, qu'on était peut-être allé chercher très loin ce qu'on avait, en somme, sous la main.

En faisant de l'acte frauduleux du mari le contre-poids de sa puissance, on arrive à fixer cette limite puisque le droit cesse où l'abus commence. Mais encore faut-il admettre ici une conception nette de la fraude et un large pouvoir d'appréciation des tribunaux. Serait-ce alors une simple question de fait soumise à l'arbitraire du juge ? Nous ne le croyons pourtant pas, encore que les tribunaux aient une tendance assez marquée à juger *en fait* ce genre d'affaires. Nous croyons au contraire à la nécessité de préciser quelques règles, ayant une valeur juridique certaine.

Le problème se présente de façon curieuse puisque d'une part le principe de l'acte frauduleux interdit au mari n'est point écrit dans nos lois et dérive d'une simple tradition coutumière ; que d'autre part nous n'avons point non plus dans nos lois de théorie générale de la fraude. L'action paulienne qui n'en est qu'un cas particulier n'est pas toujours applicable à notre espèce. On comprend l'intérêt qu'il peut y avoir à préciser ces données et à chercher à dégager quelques principes.

L'évolution historique des droits de la femme et les tendances modernes qui lui sont si favorables nous serviront de guides pour chercher dans quel

sens il est souhaitable de voir se dessiner l'interprétation jurisprudentielle.

La deuxième partie de notre étude est un aperçu de doctrine et de jurisprudence. C'est un essai critique ayant pour but d'analyser comment, dans l'état actuel de notre droit, sont résolus les problèmes qui se posent relatifs aux actes frauduleux.

Certaines de ces décisions nous ont paru intéressantes à analyser, non seulement à raison de la tendance qu'elles montrent mais encore de l'embarras où sont leur auteurs pour les justifier.

Une question que nous estimons importante a retenu notre attention, c'est celle de la sanction des actes frauduleux. Importante par l'intérêt même de la discussion qu'elle soulève quant à sa nature juridique, mais aussi par l'intérêt pratique qui en découle : les résultats devant être très différents suivant qu'on se trouvera en présence d'une nullité, d'une récompense ou d'un droit à indemnité.

Enfin, si, comme nous le disons plus haut, nous avons voulu rester dans le domaine étroit de l'analyse et de la discussion d'une *question de droit*, nous n'avons pas cependant entendu nous borner à un travail stérile de pure exégèse : au point de vue juridique nous avons moins cherché à faire une construction savante qu'à résoudre quelques problèmes et nous pensons que les explications que nous proposons sont de nature à éclairer un peu un sujet que doctrine et jurisprudence ne traitent pas toujours sans obscurité ni sans incertitude.

Au point de vue pratique enfin, sans entrer dans le domaine des réformes législatives possibles, mais sans d'ailleurs combattre l'idée d'une intervention du législateur en ces matières, nous avons, dans le seul cadre de notre droit positif, envisagé des solutions qui marquent quelques pas de plus dans le sens d'une évolution décidément favorable à la femme.

PREMIÈRE PARTIE

LES DONNÉES DU PROBLÈME ET SON CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE PREMIER

LES ACTES QUE LE MARI PEUT ACCOMPLIR SUR LES BIENS COMMUNS

SECTION I

Aperçu de notre législation actuelle

I. Importance des pouvoirs du mari. — Les articles 1421 et 1422 du Code civil déterminent ce que le mari peut faire des biens communs, sa vie durant, et l'article 1423 fixe la limite de ses droits pour les dispositions qu'il peut prendre en cas de décès.

Ce sont les deux premiers articles qui seuls retiendront notre attention ; ils sont ainsi conçus :

Article 1421. — « Le mari administre seul les biens de la communauté.

« Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. »

Article 1422. — « Il ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

« Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. »

Ces dispositions sont assez étonnantes. Elles paraissent paradoxales et tout au moins contradictoires : ainsi après avoir posé en principe que le mari est *administrateur* de la communauté, la loi lui confère sur celle-ci des droits de disposition que seuls connaissent généralement les *propriétaires*.

Nous n'insisterons pas sur l'antinomie qu'il peut y avoir dans ces deux termes, dans ces deux conceptions : depuis plus de cent ans les théories et les systèmes se sont édifiés sur cette insoluble question : insoluble si on s'en tient aux textes seuls du Code, parce que nulle part le législateur ne s'est expliqué sur la nature juridique qu'il entendait donner au pouvoir du mari dans la communauté, non plus d'ailleurs que sur la nature de cette communauté elle-même. Les premières interprétations se sont fait jour dès la promulgation du Code, les derniers systèmes proposés datent d'hier : nous aurons l'occasion de les rencontrer et d'émettre plus loin à leur sujet notre avis, car le champ de la discussion dans ces matières reste ouvert et restera ouvert tant que le régime de la communauté elle-même sera du domaine de nos mœurs.

Qu'il nous suffise pour le moment de rappeler les actes que la loi permet au mari, « chef de communauté » d'accomplir sur les biens communs ; il convient de mettre en relief l'importance et l'étendue de ses pouvoirs :

A titre onéreux, le mari peut librement disposer de tout l'actif de communauté, meubles ou immeubles. Il peut aliéner ou hypothéquer les immeubles, consentir sur eux des servitudes. Il peut librement vendre les titres, valeurs, meubles de toutes sortes et dépenser l'argent, le tous sans avoir de comptes à rendre à personne. Il faut souligner tout de suite l'importance de ces actes, qui peuvent avoir des conséquences graves si le mari n'est pas un homme raisonnable et avisé : s'il est imprudent et s'il se lance par exemple dans des spéculations désastreuses ; s'il est négligent et s'il laisse dépérir un bien ou périmer un droit. L'impéritie du mari ne peut avoir de pire que son inconduite, car ses dettes aussi grèvent la communauté (art. 1409 2°). S'il est joueur ou débauché il peut donc, non seulement dissiper la fortune présente mais même engager la fortune à venir. Une situation particulièrement grave peut résulter d'une *séparation de fait* entre époux ; nous ne parlons pas de la séparation de corps ou du divorce dont l'effet est non seulement de dissoudre la communauté et de provoquer la liquidation des biens, mais de permettre dès l'introduction de la demande une série de mesures conservatoires et, nous le verrons, de brider ou de restreindre les pouvoirs du

mari. Dans la séparation de fait, au contraire, nous sommes en présence d'une situation que la loi n'a pas réglementée ; le mari reste donc ici seul maître de la communauté et les circonstances de fait, la désunion et la mésintelligence des époux qui motivent cette séparation, laissent à elles seules présumer les excès que le mari peut être tenté de faire, en ce cas, des pouvoirs considérables que la loi lui a confiés.

Ces séparations de fait sont loin d'être des cas exceptionnels, et nombreux sont les ménages qui, au lieu de porter devant les tribunaux leurs querelles domestiques, préfèrent y mettre un terme par une séparation amiable ou par l'abandon du domicile conjugal (1).

Et si ce mari, qui s'en est allé, vit avec une concubine, ou si, sans éclat et sans quitter le toit conjugal, il entretient ailleurs un faux ménage, on comprend le danger que court le patrimoine commun en de telles mains, car le mari a le droit de *donner*.

Sans doute ne peut-il donner que des meubles : mais vu le caractère mobilier de la plupart des fortunes à notre époque, la restriction est faible.

Une deuxième restriction lui interdit de donner l'universalité ou une quotité du mobilier. Nous verrons plus loin ce qu'il faut entendre par là et l'interprétation qu'a faite la jurisprudence de ces termes assez obscurs. Mais remarquons simplement pour le moment, qu'en restant dans le domaine des dona-

1. Choquet, *la Séparation de fait entre époux*. Thèse Lille, 1907.
Vincent. *De la séparation de fait entre époux*. Thèse Toulouse, 1922.

tions à titre particulier, qui lui sont permises sans limitation de nombre et, du moins en principe, de valeur, le mari a tous les moyens voulus pour ruiner la communauté.

Une troisième restriction enfin, qui défend au donateur de se réserver l'usufruit, est ingénieuse mais elle est, pourrait-on dire, négative au regard de la possibilité de disposer du mari : le législateur a voulu se faire psychologue et a spéculé sur les instincts égoïstes d'un mari qui hésitera à se ruiner lui-même en ruinant sa femme. Au fond, il ne sera retenu dans l'excès de ses libéralités que par la crainte de son immédiat et irrémédiable appauvrissement. Cette considération arrêtera un roué, un finaud, un retors ; elle n'arrêtera ni un sot ni un passionné.

Nous ne voudrions pas être accusés de pousser ce tableau au noir, mais il était nécessaire de bien préciser toute la dangereuse étendue des pouvoirs maritaux.

Nous en avons assez dit pour arriver à cette première conclusion ; les pouvoirs du mari sur les biens communs, tels qu'ils résultent des articles 1421 et 1422 du Code civil, sont *considérables* et leur champ d'application n'apparaît vraiment limité qu'en ce qui concerne les donations d'immeubles.

Comment s'étonner que la mise en pratique de droits aussi absolus ait soulevé les plus vives critiques et que des auteurs, juristes ou sociologues, aient protesté contre la loi au nom de l'équité ?

Profondément imbu de cette idée que la puissance

du mari comme chef de la communauté devait être à la base de la communauté elle-même, le législateur de 1804 en a fait un principe absolu et intangible dont la jurisprudence a fait de suite l'application la plus rigoureuse.

Ainsi la pratique, qui dépasse quelquefois les prévisions du législateur, a abouti ici à des résultats véritablement choquants.

Qu'on en juge par quelques exemples :

Un arrêt reconnaît au mari le droit de pouvoir seul et sans le concours de sa femme délaisser valablement un immeuble chargé d'hypothèques au lieu d'en faire opérer la purge, alors même que cet immeuble, conquêt de communauté, a été acquis conjointement par sa femme et par lui (1).

On lui reconnaît de même valablement le droit de disposer pour constituer un gage, d'une rente sur l'Etat inscrite en son nom et en celui de sa femme commune en biens (2).

On admet qu'un mari peut vendre les immeubles de la communauté sous réserve d'usufruit (3).

Cette même décision consacre la validité d'une vente faite par le mari, d'immeubles de la communauté à fonds perdus.

Enfin, a été jugée valable l'opération par laquelle le mari aliène un immeuble de la communauté ou un capital mobilier moyennant une rente viagère, en sti-

1. Bruxelles, 9 flor. an XIII. *J. G. Contrat de mariage*, 1128.

2. Paris, 13 janvier 1854. D. 54.2.93.

3. Orléans, 14 mai 1864. D. 64.2.173.

pulant que cette rente viagère est constituée sur sa tête seulement (1).

Ces derniers exemples montrent à quelles conséquences a dû logiquement aboutir la jurisprudence, respectueuse de la volonté du législateur. Mais n'est-ce pas en somme la ratification légale de criants abus, car on est moins tenté de voir à travers les opérations que nous venons de signaler l'intelligente initiative d'un administrateur que les opérations fructueuses et trop habiles d'un époux égoïste et peut-être malhonnête.

II. Champ d'application des articles 1421-1422 du Code civil.—L'importance véritable d'une disposition législative dépend en grande partie de son champ d'application. En un mot, il convient de se demander si les principes et les conséquences que nous avons dégagés des articles 1421 et 1422 du Code civil affectent beaucoup de ménages.

D'après l'article 1400 du Code civil, à défaut de contrat de mariage, les époux sont communs en biens et le détail de leur communauté est réglé par la loi. Ainsi un grand nombre de personnes se trouvent soumises au régime de communauté légale.

Pourtant, on peut se demander si pratiquement les pouvoirs du mari, dans ce qu'ils ont d'excessifs, sont susceptibles de trouver aujourd'hui une appli-

1 Conf. Bordeaux, 7 février 1878. D. 79.2.124. — Comp. pour le cas de rente viagère constituée sur la tête des deux époux av. Besançon, 23 mai 1871. D. 72.2.215 et la note.

cation réelle. On se trouve en effet en présence de la double objection suivante :

1° Quels sont les conjoints qui sont soumis au régime de communauté légale ? Ce sont les personnes des classes laborieuses qui n'ayant pas d'apports se marient sans contrat. L'actif de communauté se réduit le plus souvent aux meubles meublants et aux gains journaliers ou mensuels. Or, depuis la loi du 13 juillet 1907 la femme mariée a la libre disposition de ses salaires, elle n'est plus exposée comme par le passé à voir les produits de son travail dissipés par un mari ivrogne ou paresseux ;

2° Quant aux conjoints appartenant aux classes riches ou aisées, ils ne manquent jamais de faire un contrat, et la société d'acquêts notamment, est devenue la règle presque commune dans ce cas.

Mais ces raisons sont loin d'être décisives et on peut répondre :

a) En ce qui concerne la loi du 13 juillet 1907.

Cette loi est venue remédier à une situation que tout le monde s'accordait à reconnaître déplorable et elle a fait en faveur de la femme ouvrière et employée une bonne et très utile réforme. Mais faut-il en conclure que cette loi, au moins pour la catégorie de ménages à qui elle est destinée, c'est-à-dire ceux où la femme a une occupation professionnelle, a supprimé toute possibilité d'excès ou de fraudes de la part du mari chef de la communauté légale ? Nous ne le pensons pas.

Remarquons d'abord que ces questions relèvent

plus des mœurs que des lois et que celles-ci sont bien impuissantes à réformer celles-là.

C'est un fait d'expérience généralement admis que les effets de la loi de 1907 sont des plus restreints. Ceci tient à ce que la femme presque toujours fait confiance au mari, néglige de parti pris la protection de la loi et confie à son époux la gestion de son pécule.

Cette répugnance de la femme mariée à gérer elle-même ses biens réservés provient peut-être du régime bâtard créé par l'illogique rapprochement d'une demi-séparation de biens, constituée par la théorie du bien réservé, et de la communauté légale. Mais notre régime légal serait-il celui de la séparation de biens qu'on ne pourrait empêcher les gens mariés sans contrat de mettre pratiquement leurs biens en commun.

Remarquons en second lieu que la loi de 1907 n'a qu'une portée restreinte (et les féministes le lui reprochent amèrement) puisque 1^o seules bénéficient de la loi de 1907 les femmes qui exercent une profession *distincte* de celle du mari (1) à l'exclusion de celles qui travaillent avec leur mari ;

2^o Ne peuvent exercer une profession distincte que les femmes qui ont reçu l'autorisation maritale (2). En vertu du principe de l'incapacité de la femme mariée, la presque unanimité de la doctrine s'en tient à cette solution.

1. Trib. Seine, 29 juillet 1910.

2. Yvonne Netter, *Indépendance de la femme mariée dans son activité professionnelle*. Thèse Paris, 1923.

En résumé on peut dire, sans méconnaître l'importance théorique considérable de la loi de 1907, qu'elle n'a guère limité pratiquement les pouvoirs du mari chef de la communauté et que l'étude des excès et fraudes auxquels ces pouvoirs peuvent donner naissance, reste à l'ordre du jour (1).

b) En ce qui concerne les contrats de mariage.

Est-il bien exact de dire que toutes les femmes qui possèdent quelque bien voient précéder leur union d'un contrat de mariage ? Non, l'expérience le dément : d'après les statistiques publiées (il est vrai depuis quelques années déjà) (2), 5/7 des gens qui se marient se trouvent placés sous le régime de la communauté légale. A Paris on ne compte que 285 contrats pour 1.000 mariages dans les quartiers riches et 60 pour 1000 dans les quartiers pauvres.

1. Par contre, on pourrait dire que la loi de 1907 a rendu possible la réciprocité dans la fraude. La femme, grâce au pouvoir de libre disposition qui lui est donné, peut accomplir des actes préjudiciables aux biens du mari. C'est si vrai que les banques, depuis la guerre principalement, se montrent très difficiles pour recevoir des dépôts et permettre des retraits de la part de femmes mariées se présentant sans autorisation maritale. Si, en principe, elles ne peuvent sans violer la loi refuser à une femme mariée l'ouverture d'un compte où elle déposera les fruits de son travail, du moins se montrent-elles exigeantes à vérifier l'origine des deniers qu'on leur apporte de manière à ne pas se trouver responsables envers le mari chef de la communauté de tout ce qui serait détourné de la communauté en dehors du salaire. Les féministes prétendent que cette attitude des banques n'est pas étrangère au peu de succès de la loi de 1907. *Journal le Temps* 20 déc. 1919, Informations financières.

2. *Bulletin de statistique*, février 1899, p. 141 ; *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 562 (Rapport de M. Adam).

D'autre part un contrat de mariage qui permet d'échapper à la communauté légale n'est pas par lui-même une garantie pour la femme contre les entreprises frauduleuses de son mari.

Sans parler du régime dotal, véritablement archaïque et de plus en plus abandonné, seul un contrat de séparation de biens peut donner à la femme une réelle sécurité ; or, les mêmes statistiques accusent que sur 82.346 contrats de mariage conclus en France en 1898, 2.128 seulement ont consacré un régime séparatiste et par contre 68.412 contrats ont adopté diverses formes de communauté. Une autre statistique, fournie par la Chambre des notaires de la Seine de 1876 à 1903, indique qu'au cours de ces 28 ans, dans le département de la Seine, les 150 notaires ont reçu ensemble 123.298 contrats dont 106.000 de communauté, 2.007 de régime dotal et 13.600 d'autres régimes. C'est le régime de la communauté réduite aux acquêts qui devient même, peut-on dire, le contrat de mariage type.

Or, s'il est incontestablement préférable pour une femme d'être mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts plutôt que sous le régime légal, ceserait un leurre que de la croire de ce fait à l'abri des abus et des fraudes du mari.

Ce dernier, par exemple, et la cause a été jugée (1), peut, même sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, convertir en titres au porteur les titres

1. Trib. Seine, 17 nov. 1803 (Aff. Congouilhe c. P. L. M.).

nominatifs de sa femme sur lesquels n'est mentionnée aucune obligation et les retirer des mains de la communauté dépositaire.

Il ne faut pas oublier non plus que dans la communauté d'acquêts, aux termes de l'article 1499 du Code civil le *mobilier* non constaté par inventaire lors du mariage ou échu depuis est réputé *acquêt*. Que par conséquent, tout peut être à la merci d'une négligence.

Il n'y a donc dans un tel contrat qu'une protection fort restreinte, et il est à noter que la plupart des cas de fraude, que nous passerons en revue plus loin en étudiant la jurisprudence, seront relevés entre conjoints mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts.

Si l'on pouvait maintenant douter que des femmes fortunées n'usent même pas de cette faible protection et se marient sans contrat, il suffirait pour s'en convaincre de puiser à la même source pour en trouver des exemples : tel, le cas de cette veuve dont l'aventure trouva son épilogue dans un arrêt de la Cour de Paris du 12 février 1903 (1). Possédant une fortune de 300.000 francs elle avait épousé *sans contrat* un mari si singulier que six mois après le mariage 150.000 francs de valeurs mobilières faisant partie de la dite fortune avaient frauduleusement disparu par l'artifice de ce dernier.

III. Rigueur des principes. — Indépendam-

1. D. 1904.2.353.

ment de leur champ d'application, des prescriptions légales sont d'autant plus sérieuses qu'il est plus difficile de les écarter. A ce point de vue les pouvoirs du mari comme chef de la communauté se trouvent singulièrement aggravés du fait des dispositions contenues aux articles 1388 et 1395 du Code civil.

L'article 1388 interdit formellement aux époux de porter atteinte par leurs conventions matrimoniales aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté.

Ainsi une femme ne peut pas, par son contrat de mariage, dès lors qu'elle adopte une des formes de la communauté, se prémunir contre les abus ou les fraudes possibles de son futur mari en exigeant, par exemple, par mesure de précaution, son concours dans les actes d'aliénation ou en subordonnant ceux-ci à son consentement préalable (1).

De même s'il est permis à une femme mariée sous le régime de communauté de stipuler dans son contrat de mariage l'inaliénabilité de ses biens propres (meubles ou immeubles) (2), il lui est interdit, au contraire, d'étendre cette clause de dotalité à la part qui lui revient dans les biens communs. Une pareille clause en effet est considérée comme une atteinte indirecte aux pouvoirs du mari chef de cette com-

1. Paris, 7 mai 1855. D. 56.2.257 ; S. 56.2.497.

2. Doctrine et jurisprudence sont aujourd'hui unanimes en ce sens et la clause est très répandue. Cass., 13 nov. 1895. D. 96.1.14.

munauté et la jurisprudence l'a déclarée nulle (1).

La jurisprudence considère ces principes comme si absolus et ces prérogatives du mari comme si intangibles qu'elle a été amenée à les consacrer dans des espèces et dans des circonstances où cependant les agissements du mari étaient des plus suspects de fraude à l'égard des intérêts de la femme. Nous voulons parler de la situation qui se présente au cours de la demande en divorce ou en séparation de corps. Dans une espèce soumise à la Cour de Paris le 28 mars 1901 (3), une femme, au cours d'une instance en divorce par elle formée contre son mari, reprochait à ce dernier sa mauvaise administration. Se basant particulièrement sur des dissimulations par lui commises dans un inventaire, elle avait obtenu, par ordonnance de référé, la nomination d'un administrateur séquestre ayant les pouvoirs les plus étendus à l'effet de veiller à l'administration d'un fonds de commerce et de l'actif de la communauté. La Cour de Paris n'admit pas cette solution qui aurait eu pour effet de dessaisir le mari d'une administration qui lui appartenait légalement. Tout au plus admit-elle vis-à-vis d'objets spécialement déterminés, des mesures nécessaires pour la conservation des droits de la femme.

Seules des mesures du même genre furent également ordonnées dans une autre espèce où le mari avait déjà, dans des conditions suspectes, réalisé des

1. Cass., 29 juin 1847. D. 47. I. 295; S. 47. I. 606.

3. S. 1902. 2. 231.

valeurs inventoriées dépendant de la communauté (1).

L'article 1395 consacre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Principe des plus important pour notre sujet puisque d'une situation qui peut, nous l'avons vu, être très dure pour la femme, il fait une situation sans remède. Impossible pour les époux, même d'un commun accord, de changer au cours du mariage quoi que ce soit à leurs condition matrimoniale. Mariée sous le régime de communauté légale, une femme sans fortune sera contrainte, même si elle reçoit plus tard un gros héritage, de tout livrer aux mains du mari. Cette disposition de la loi est, à ce point de vue, bien dange-reuse et bien critiquable.

Elle est très critiquée en effet aujourd'hui. A une époque, dit-on, où tout se transforme avec une rapidité si vertigineuse, comment, quand on se marie jeune, prévoir ce que deviendront les situations, les exigences à venir ? Pourquoi ne pas admettre de modifications possibles au moins après un laps de temps de plusieurs années, ou par jugement du tribunal, d'accord entre époux ?

La plupart des législations étrangères sont moins intransigeantes. En Suisse et en Allemagne où les régimes matrimoniaux sont à tendance séparatiste

1. Cass., 10 janv. 1898. S. 99.1.20. — Voir déjà dans le même sens : Paris, 13 avril 1889. S. 91.2.27 et plus récemment : Paris, 31 juillet 1917. D. 1920.2.74 et Paris 24 décembre 1919. D. 1920.2.74.

on a admis la validité de *pactes post-nuptiaux* comme remède à ce que la séparation de biens pouvait créer d'injuste dans la situation des époux après quelques années de mariage. Par exemple un mari devenu riche peut substituer au régime de droit commun une société d'acquêts.

En Alsace la plupart des contrats de mariage se font pendant le mariage lui-même.

En Angleterre le régime légal est réservé aux personnes qui n'ont pas de biens personnels. Dès qu'il y a une fortune antérieure au mariage ou échue à un des époux pendant le mariage, on fait immédiatement un contrat pour régler le sort de ces biens.

Notre législation est donc d'une très grande rigueur et il semble que tout ait conspiré à renforcer dans le mariage la situation du mari en lui donnant des pouvoirs sans limites intangibles et définitifs.

SECTION II

Evolution des pouvoirs du mari

I. Sens de cette évolution. — Nous avons vu par le rapide exposé qui précède l'importance et l'étendue que notre législation actuelle accorde aux pouvoirs du mari sur les biens communs.

Mais enfin, *ces pouvoirs sont-ils absolus* ou au contraire trouvent-ils une limite, un correctif que l'équité et que notre conception moderne de la famille réclament ? Cette question domine tout notre

sujet et nous sommes ainsi amenés à rechercher quelle est le fondement des prérogatives du mari dans la communauté.

Les explications proposées abondent et les systèmes les plus divers ont été échafaudés soit pour justifier ces prérogatives maritales, soit surtout pour les combattre au nom de l'émancipation de l'épouse.

Mais avant tout, pour voir clair dans cette matière, c'est le passé qu'il faut interroger, moins pour chercher des origines qui, en fait de communauté, restent question obscure, que pour voir le sens général de l'évolution d'une institution et sous l'influence de quels facteurs s'est formé notre droit actuel. N'oublions pas en effet que nous sommes ici sur un terrain où la *tradition* a une grande importance. Ce n'est pas vouloir faire œuvre d'érudit ni d'historien que de la consulter, c'est prendre seulement la précaution d'éclairer sa lanterne.

L'évolution des pouvoirs du mari comme chef de la communauté est le plus généralement envisagée aujourd'hui dans le sens d'un affaiblissement progressif et constant (1). Du passé même, on veut augurer de l'avenir : « Le mari, disent MM. Baudry-Lacantinerie, ne conservera peut-être pas longtemps désormais le droit de n'avoir jamais à rendre compte de ses prodigalités et de ne devoir aucune récompense, quelque coupable ou inintelligente qu'ait été sa gestion. »

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 638 ; Aubry et Rau, t. V, p. 325, § 509.

Si considérables en effet que nous paraissent aujourd'hui les pouvoirs du mari dans la communauté, ils semblent bien moindres qu'ils n'étaient autrefois où le mari était dit *seigneur et maître* de la communauté. Cette omnipotence n'est plus affirmée dans nos lois et la terminologie du Code civil au contraire qui appelle le mari, *administrateur*, n'implique-t-elle pas une atténuation réelle des pouvoirs envisagés ?

On a contesté pourtant le sens de cette évolution.

Troplong, dont l'opinion sur ces matières a eu un certain poids pendant la première moitié du xix^e siècle, professe ici une théorie d'après laquelle l'ancien droit n'était ni plus ni moins rigoureux que notre droit actuel et il appuie sa thèse sur de curieux arguments :

Était-ce, dit-il (1), quelque chose de si *énorme* que ces mots seigneur et maître que l'ancien droit employait vulgairement ? Pour lui, le mot *maître* ne signifie pas nécessairement propriétaire et les Romains donnaient ce nom de maître (*Magister*) aux gérants de leurs grandes sociétés (2). Dans le droit coutumier le même mot s'appliquait aux gérants des propriétés rustiques. D'où il conclut que ce mot appliqué à la société conjugale n'a rien que de « très opportun, de très simple et de très orthodoxe. »

1. Troplong, *Du contrat de mariage*, II, n° 859.

2. Paul au Dig. L. 57. de verb. signif. : « Cui praecipua cura rerum incumbit, et qui magis quam coeteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus praesunt debent *magistri* appellantur... »

Quant au mot *seigneur* il ne conduit pas, dit-il, à des idées plus exorbitantes car dans le langage d'autrefois, seigneur était synonyme de mari (1) : ainsi la femme appelait son mari son seigneur. Et le mot serait resté dans le langage juridique « uniquement pour signifier que le mari était par rapport à la personne de sa femme et aux biens communs le chef nécessaire... »

L'argumentation de Troplong est manifestement erronée. Il suffit de lire les anciens auteurs pour se convaincre qu'ils attachaient un sens beaucoup plus énergique aux mots seigneur et maître appliqués au mari chef de la communauté. D'abord le mot maître ne s'entendait nullement au sens de magister mais bien de *Dominus* c'est-à-dire maître ayant plein pouvoir de disposer. Qu'il suffise de citer Dumoulin qui déclarait (2) : « *Maritus constante matrimonio, est pleno jure dominus omnium honorum conquestuum, et non uxor.* »

Et Guy Coquille, après avoir déclaré (3) que le mari est maître et seigneur des meubles et conquêts de la communauté, ajoute plus loin (4) « le mot de *seigneurie* signifiant ce que les Latins disent *dominium*... »

Quant à l'opinion elle-même de Troplong niant que l'ancien droit ait investi le mari d'une puissance plus

1. Ducange, V^o Senior.

2. Dumoulin (Molinaeus) Opera. In Cons. Paris, § 57, n^o 2, nov. Cons. et § 109, vet. Cons.

3. Guy-Coquille, *Questions et réponses*, n^o 96.

4. *Id.*, *ibid.*, n^o 99.

considérable que celle qu'il possède aujourd'hui nous l'aurions cru elle-même périmée, si, à l'encontre de tous les auteurs modernes, M. Wahl n'avait prétendu à son tour (1) que « dans l'ancien droit les pouvoirs du mari n'étaient pas en principe plus larges qu'aujourd'hui ». M. Wahl dégage accessoirement cette conclusion de l'étude qu'il consacre à une question que nous verrons plus loin : la sanction des donations frauduleuses. On prétend, dit M. Wahl, que notre législation est plus sévère que l'ancien droit et restrictive des pouvoirs du mari par ce fait que les donations frauduleuses du mari sont annulées aujourd'hui en vertu de l'article 1422, alors qu'elles ne l'étaient pas dans l'ancien droit. Mais c'est une erreur, d'après M. Wahl, d'interpréter l'article 1422 comme annulant les libéralités qu'il interdit au mari ; car rien dans cet article ne permet de conclure à une telle innovation. Ce support faisant défaut, sur quoi se fonder alors pour prétendre que notre législation se montre plus sévère que l'ancienne à l'égard du mari ? Enfin, d'après cet auteur, la qualité de seigneur et maître ne conférait nullement au mari le droit de *donner* puisque dans les coutumes qui étaient muettes sur cette question beaucoup d'auteurs refusaient le droit de donner au mari pour cette raison que *donare est perdere* (2).

Avec cette observation de M. Wahl nous touchons au cœur même de notre sujet. Ce n'est qu'à la fin de

1. Note de M. Wahl sous Agen, 11 fév. 1896. S. 99.2.73.

2. Coquille, *Cout. de Nivernais*, t. XXIII, art. 3.

cette étude que nous verrons s'il convient d'adopter ou non la manière de voir de M. Wahl concernant la sanction des donations interdites au mari par l'article 1422. Notons seulement, pour le moment, combien est délicate en la matière l'interprétation des textes du Code civil et l'importance qu'il y a, pour pouvoir en discuter, de bien connaître les principes de notre ancien droit.

II. Aperçu historique. — Or, l'histoire de notre communauté conjugale est des plus complexes. Non seulement les origines en restent obscures, mais les influences elles-mêmes qui ont aidé à sa formation ont été des plus diverses. Aussi les pouvoirs du mari ont-ils subi une évolution assez singulière.

Au ^{xiii}^e siècle, il est vraisemblable, comme l'a soutenu M. Viollet (1) et après lui M. Lefebvre (2), que la communauté de biens ait eu une force considérable qu'elle perdit ensuite, et qu'elle ait été à ce moment une véritable *société* entre mari et femme dans laquelle les deux époux agissaient généralement *ensemble* pour tous les actes importants. De nombreux textes cités par ces auteurs tendraient à le prouver. Donc, en dépit d'une puissance maritale très grande en droit (3), le mari, en fait, pouvait

1. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*.

2. Ch. Lefebvre, *Histoire du Droit matrimonial français*.

3. Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, XXI, 2. Ce texte, trop connu pour être cité ici tout au long, semble placer la femme sous la puissance absolue du mari. Cependant, ce dernier ne peut vendre un propre « si ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa femme ».

n'avoir à cette époque que des pouvoirs assez restreints.

Malheureusement, Beaumanoir qui est précis en ce qui concerne les immeubles propres de la femme, que le mari ne peut vendre qu'avec le concours de cette dernière (1), ne dit rien en ce qui concerne les conquêts. On s'accorde pourtant à croire que le mari ne pouvait en disposer également qu'avec le concours de la femme. En dehors de cela il n'avait que la jouissance de ces biens et ne pouvait seul qu'en aliéner sa part (2). Cette conception semble s'être perpétuée en Bretagne (3).

En somme, au XIII^e siècle, en ce qui concerne les immeubles, le mari est loin d'être seigneur et maître.

En ce qui concerne les meubles, au contraire, deniers de communauté ou revenus des immeubles, le mari en disposait à sa guise ; il pouvait les vendre, les perdre, les dissiper. Ainsi s'exprime Jean des Mares (4) : «... Le mary durant le mariage peut ordener de tous ses biens *meubles* à sa voulenté sans appeler sa femme, et sans son consentement : et se il advient que il achate aucune rente à lavie de luy et de sa femme, et le derrenier tout tenant, nonohstant ce, il peut toute ladite rente vendre, qui-

1. Beaumanoir, *op. cit.*, XXI, 2.

2. Glasson, *Hist. du Droit*, t. VII, p. 367 ; Jostice et Plet, 5, § 2 et 3. *Livre des droits et commandements*, n° 828.

3. Très ancienne Coutume de Bretagne, ch. 217 (éd. Planiol, p. 218-219) et Coutume de Bretagne de 1539, articles 423 et 424.

4. Décisions de messire Jean des Mares conseiller et avocat..., etc. Décision 152.

tier, et remettre ou donner sans que sa femme si consente autrement, et que serait deux ou trois conquests. »

Le mari engageait les deniers communs non seulement par ses contrats mais par ses délits et les amendes qu'il encourait, si bien qu'en cas de crime capital tout ce qu'il avait entre les mains était confisqué. Si, au contraire, c'était la femme qui s'était rendue coupable de crime, le mari n'était pas dépouillé. Beaumanoir conclut de cette différence de traitement que *les meubles* sont bien vraiment la propriété du mari pendant la durée du mariage (1).

Voilà donc bien ici le mari seigneur et maître des meubles. Mais au XIII^e siècle les meubles étaient vraiment *res vilis* et il ne faudrait pas en conclure qu'il disposait d'une part importante du patrimoine commun.

Ajoutons enfin pour caractériser entièrement la situation faite au mari à cette époque, qu'au moyen âge, en vertu de principes féodaux, les immeubles ne répondaient par des dettes (2). Seul, les meubles qui étaient aux mains du mari pouvaient se trouver engagés.

Cette dernière circonstance n'allait pas tarder à se modifier et ce faisant à avoir la plus grave réper-

1. Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, XXX, n° 99.

2. C'est au moins ce que soutient M. Esmein, *les Contrats dans le très ancien droit français*, p. 160-161. Il n'est pas sûr cependant que les immeubles aient bénéficiés d'une immunité aussi absolue et peut-être y avait-il seulement à leur profit une sorte de droit de discussion.

cussion sur les pouvoirs du mari dans la communauté.

La vieille règle féodale de l'inaliénabilité de la terre disparut peu à peu en effet, sans qu'on puisse préciser à quelle époque, avant le xv^e siècle, et les pouvoirs du mari s'étendirent aux conquêts immeubles, qu'il put aliéner librement (1).

Le droit des créanciers reconnu sur les immeubles risquait de s'étendre aux propres du mari et de la femme. Mais un autre vieux principe de notre droit féodal qui s'est perpétué jusqu'à la Révolution, celui de la conservation des biens dans les familles, s'opposait à ce qu'il en put être ainsi. Et pour lui donner une base on chercha à le justifier à l'aide du droit romain.

Le droit romain en effet était en pleine renaissance. Mal compris, interprété à tort et à travers mais jouissant d'un prestige d'autant plus grand, semblait-il, qu'on le comprenait moins, il fut introduit de force dans le domaine de la communauté conjugale où au nom du senatus consulte Velleien fut assurée la protection des biens de la femme au détriment de cette dernière dont l'incapacité fut proclamée *propter fragilitas sexus*.

En même temps, par un véritable contre-sens, on cherchait à quelle catégorie de sociétés du Digeste ou pouvait rattacher la société conjugale. Invraisem-

1. Jurisprudence du Châtelet fin du xiv^e siècle. Coutumes notoires, n^o 175.

blable société certes dans laquelle l'un des associés était devenu un incapable et l'autre un seigneur et maître, cette fois véritable.

C'est au xv^e siècle en effet avec le triomphe du droit romain que les pouvoirs du mari apparaissent vraiment exorbitants, cependant que la femme n'est plus rien. Les jurisconsultes de cette époque constatent cette situation mais sans pouvoir l'expliquer. Elle sera plus insoluble encore aux siècles suivants.

Dumoulin, nous l'avons vu, proclame le mari pendant toute la durée du mariage « pleno jure dominus omnium bonorum conquestuum » (1). Et ailleurs il déclare que la communauté n'est pas à proprement parler en action pendant le mariage mais seulement « in credito et in habitu » (2). La femme n'a donc pour lui qu'un droit latent et théorique jusqu'à la dissolution du mariage, le mari au contraire est presque à ce moment quasi-propriétaire.

D'Argentré fait du mari un maître si absolu qu'il compare la situation de la femme à celle des domestiques du pater familias romain : « ... Est itaque haec societas usus, sed juris non aliter quam cum domestici infamilia patri familias cella et penu communiter utuntur, prout patrifamilias libuit pro merito et dignitate et obsequio » (3).

Loysel dira (4) : « Le mari est maître de la com-

1. Dumoulin, *Molinaei Opera*, loc. cit.

2. *Id.*, *Commentarii*, t. I, gl. 4, n° 2.

3. D'Argentré, *Commentarii art. 408*, gl. 3. 2. *Mobilia mulieri tribuunt, per modum usus.*

4. Loysel, *Institutes coutumières*, I, t. II, 16.

munauté » et de Laurière (1) « le mari est seigneur des *meubles et conquêts immeubles...* »

Lebrun affirmera (2) : « Le droit du mari sur les meubles et conquêts de la communauté est un *droit absolu...* »

Enfin Pothier développera ce que la Coutume de Paris, dans son article 225, a voulu dire en déclarant le mari « seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme (3). »

Il spécifie que le mari peut charger les biens de la communauté de toutes les dettes qu'il juge à propos de contracter, même de celles qui n'ont aucun rapport avec les affaires de la communauté.

Qu'il peut à son gré perdre les biens de la communauté sans en être comptable, laisser dégrader les héritages, briser les meubles, tuer par brutalité les chevaux et autres animaux.

Et ce qui est plus grave : « Le mari, dit-il (4), peut aliéner par des actes entre vifs à quelque titre que ce soit *même à titre de donations entre vifs* envers telles personnes qu'il juge à propos, sauf à celles dont il sera parlé en l'acte suivant (5) *les différents biens dont la communauté est composée* ».

1. De Laurière, *Textes des Coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, art. 225.

2. Lebrun, *Traité de la communauté*, chap. II, Sect. I, 1.

3. Pothier, *Traité de la communauté* (édition Bugnet, t. 7), II, n° 468 et suiv.

4. *Id.*, *ibid.*, n° 471.

5. Il s'agit des donations faites aux héritiers présomptifs.

En résumé, et ce qui frappe le plus dans notre ancien droit, c'est qu'à partir de xiv^e siècle le mari est devenu quasi-propriétaire de toute la communauté puisque *le droit de donner* lui est reconnu, sauf restrictions que nous verrons plus loin, sur *tous les biens de la communauté* tant meubles qu'immeubles.

Cependant cette conception qui est celle de la Coutume de Paris (art. 225) et au dire de Pothier de la plupart des autres coutumes n'est cependant pas, même au temps de Pothier, universellement admise (1).

Certaines coutumes, en effet, regardent le mari comme un simple administrateur ayant des pouvoirs très étendus, lui permettant de vendre, permuter et hypothéquer les biens de la communauté, mais ne lui permettant pas de donner, si ce n'est sa part de communauté seulement.

Ces exceptions sont intéressantes à signaler, car elles ont pu exercer une influence sur le législateur du Code civil.

Ainsi, il est écrit dans la Coutume d'Anjou de 1508 (2). « [Le mari] peut vendre et aliéner tels acquêts, les charger et hypothéquer constant le mariage d'entre eux par contrat de vendition ou tel autre contrat dont les deniers ou profit viennent à la communauté d'entre eux, *mais n'en peut donner que sa part.* »

1. Pothier, *loc. cit.*, II, 472.

2 Article 289, dans Bourdot et Richebourg, t. IV, p. 559.

La Coutume du Maine (1) s'exprime en termes absolument identiques.

La Coutume de Lodunois de 1612 dit dans le même sens (2) : « Le mari sans sa femme, soit noble ou roturier ne peut donner que sa part des acquêts faits durant la conjunction de leur mariage ; mais bien peuvent vendre les dits acquêts, permuter ou échanger sans son consentement pourveu qu'elle n'y soit expressément obligée. »

Ainsi, le principe que le mari est maître de la communauté n'est pas partout admis et même aux pays qui l'admettaient, des commentateurs s'étonnent d'un pouvoir si grand, car « donner c'est perdre » dira Ferrière (3).

Telle était, en somme, la situation de notre ancien droit devant laquelle se trouvèrent les auteurs du Code civil.

En effet, la législation révolutionnaire n'avait rien apporté : les deux premiers projets de Cambacérès de 1793 et de 1794 tendaient à établir une communauté avec administration commune (4).

Mais dans son troisième projet de messidor an IV

1. Article 304, dans Bourdot et Richebourg, t. IV, p. 495.

2. Bourdot et Richebourg, *Coutume de Ludunois*, ch. XXVI, art. 6.

3. Ferrière, *Coutume de Paris*, titre III, a. 225, gl. 3 et de Laurière (*op. cit.*) après avoir dit le mari seigneur des meubles et conquêts immeubles, corrige aussitôt en ajoutant : « mais il n'en est pas propriétaire si ce n'est de sa moitié seulement » et ne lui reconnaît, en définitive, qu'une « libre administration en qualité de chef de la communauté. »

4. Fenet, t. I, pp. 4, 5, 20.

il abandonnait lui-même cette conception « contraire à l'ordre naturel et propre à engendrer des débats qui détruiraient le charme de la vie domestique ».

On revenait donc à l'ancien droit et sur plus d'un point le législateur de 1804 allait consacrer la tradition. Dans la présentation au corps législatif de la rédaction définitive du Conseil d'Etat, Berlier s'exprime aussi (1) : « ... Par qui et comment la communauté sera-t-elle administrée ? Sans doute il est inutile d'énoncer que le mari sera seul administrateur légal de la communauté : cette qualité ne pouvant être conférée qu'à lui. Ainsi il pourra seul vendre, aliéner, hypothéquer les biens de la communauté... »

Mais est-ce à dire que le Code civil allait rendre au mari ses droits de seigneur et maître de la communauté ? Certainement non, et il nous paraît évident que les législateurs de 1804 ont eu l'intention très arrêtée d'opérer ici une profonde réforme (2). Peut-être ont-ils été influencés par ces coutumes dissidentes que nous avons citées et qui n'accordaient pas au mari le droit de disposer à titre gratuit (3). Mais il paraît certain qu'ils ont voulu faire du mari, comme ils l'ont dénommé, un *administrateur*. Cette intention de réduire la puissance du mari sur la communauté ne nous paraît pas contestable si on

1. P. V. Séance, 20 nivôse an XII. Fenet, t. XIII, p. 666.

2. Dans ce sens : Chéron. Thèse, p. 133-134.

3. Dans ce sens : Bugnet sous Pothier, *loc. cit.*, n° 472.

lit les travaux préparatoires et il est très important pour la suite de notre sujet de la bien dégager. Duveryer, dans son rapport au Tribunat, le 19 pluviôse an XII, s'exprime ainsi (1) :

« ... Je viens de dire que le mari était *maître* de la communauté ; c'est un terme consacré par l'usage : il signifie que le mari seul a toutes les actions actives et passives de la communauté. Il administre seul et sans concurrence les biens qui la comprennent. Il peut les vendre, les aliéner, les hypothéquer. Le droit coutumier lui laissait même la faculté de donner tous meubles et immeubles soit par actes entre vifs, soit par testament. Mais depuis longtemps on sentait l'abus de ce droit illimité qui pouvait dépouiller impunément la femme lorsque les biens personnels de son mari ne suffisaient pas à ses reprises. Le nouveau projet y apporte une restriction raisonnable. Il distingue à cet égard les meubles et les immeubles les donations et les testaments... »

Arrêtons là cette citation : la dernière partie de la déclaration de Duveryer éclaire toute la question : elle montre et les intentions louables des rédacteurs du Code et leur singulière méprise. Ils ont cru apporter une restriction raisonnable aux pouvoirs du mari en limitant aux meubles sa capacité de disposer entre vifs, sorte de cote mal taillée entre la Coutume de Paris et les coutumes dissidentes. Cette idée, en elle-même, était loin d'être

1. Fenet, *loc. cit.*, p. 720.

déraisonnable. N'était-ce pas au fond un retour au régime primitif de la communauté antérieur au xiv^e siècle où nous avons vu le pouvoir de disposer du mari restreint aux meubles ? Et, d'autre part, les rédacteurs du Code civil, on le conçoit, ne pouvaient imaginer le singulier développement que les fortunes mobilières devaient prendre à notre époque.

Mais l'erreur n'était pas là :

Elle consistait, non dans une limitation insuffisante des pouvoirs du mari, non dans un défaut de prévision mais dans la signification nouvelle et malencontreuse que, par ailleurs, les législateurs de 1804 allaient donner au mot *meuble*.

Pour le comprendre en effet il faut rappeler ici comment étaient constituées les fortunes anciennes au point de vue juridique et comment se produisit une fâcheuse confusion de mots lors de la rédaction du Code civil.

Les immeubles, on le sait, constituaient la partie de beaucoup la plus importante des anciens patrimoines. Les meubles se réduisaient aux meubles corporels et à quelques rares créances : tout cela de peu d'importance et dédaigné : *vilis mobilium possessio* (1).

Cette conception était née de la féodalité qui avait fait de la propriété foncière la base de l'organisation sociale et familiale. Au point de vue social en effet le régime féodal s'était établi surtout par des com-

1. Ch. Lefebvre, *les Fortunes anciennes au point de vue juridique*. Paris, 1912.

binaisons nouvelles de la propriété foncière dont les conditions juridiques particulières avaient créé fiefs et censives. La terre avait déterminé à son tour les droits et devoirs de chacun ainsi que la condition des personnes.

A raison même de son rôle capital au point de vue social la terre devait avoir la plus grande importance au point de vue familial. La terre jalousement gardée dans la famille donne naissance à l'institution du Propre (1) : le bien de famille qui doit être conservé.

Ce principe de conservation des biens dans la famille, d'abord appliqué à la propriété foncière, s'étend peu à peu à d'autres biens de grande valeur, qui ne sont ni des meubles corporels ni des immeubles fonciers mais qu'on va néanmoins qualifier *immeubles*.

Ainsi dans la classification entre meubles et immeubles on fit rentrer dans cette dernière catégorie une série de biens incorporels (2). Tels furent les droits incorporels attachés à la Seigneurie et les rentes foncières qui étaient d'ailleurs des droits réels. Quand plus tard, au xvi^e siècle apparurent les rentes, simples créances d'arrérages d'une nature toute différente des précédentes, jurisconsultes et coutumes n'hésitèrent pourtant pas à les classer dans la même catégorie. C'est l'application normale d'une définition de Beaumanoir à savoir que l'immeuble est toute chose durable et d'une producti-

1. Lefebvre, *loc. cit.*, p. 31 et suiv.

2. Lefebvre, *loc. cit.*, p. 48 et suiv.

tivité régulière. Par la même déduction furent classés immeubles les offices vénaux. Enfin, arrière de toute idée juridique la pratique fit ranger dans la catégorie des immeubles *tous les biens de valeur* dont on voulait garantir la conservation dans la famille.

Qu'on juge alors du véritable bouleversement économique qu'accomplirent les rédacteurs du Code en substituant à cette classification coutumière une nouvelle classification inspirée du droit romain ! Et par une inconséquence singulière, tandis qu'ils maintenaient toute sa portée à la distinction entre meubles et immeubles, n'attachant comme l'ancien droit de valeur qu'à ces derniers, interdisant au mari d'en disposer à son gré, ils faussaient complètement dans la nouvelle classification la valeur des mots et rendaient au mari, en lui laissant la disposition des meubles, presque tout le pouvoir qu'ils avaient cru lui enlever. En effet les rentes et valeurs mobilières devinrent ainsi des meubles et cette erreur, aggravée par le développement considérable que devait prendre cette forme de la fortune privée, allait devenir aujourd'hui la cause des anomalies singulières et des abus que nous avons signalés.

SECTION III

Caractères et limites des pouvoirs du mari en droit moderne

I. — Théorie du mari seigneur et maître. —

Ainsi, par suite de cette extraordinaire erreur le

mari avait recouvré une telle puissance, qu'au lendemain du Code civil tout comme au ^{xv}^e siècle, certains auteurs n'hésitèrent pas à lui décerner le titre de seigneur et maître de la communauté.

« Le mari, dit Troplong (1), qui peut tout vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme est certainement tout aussi bien seigneur et maître de la communauté sous le Code civil que sous l'empire des coutumes. »

Il est vrai, nous l'avons vu, Troplong n'accorde aux mots maître et seigneur qu'une signification assez anodine.

Toullier au contraire leur donne toute leur valeur et n'hésite pas à considérer la communauté comme pleine propriété du mari. D'après lui (2), la femme n'a aucun droit de communauté proprement dit pendant le mariage ; son droit ne commence qu'à sa dissolution sur les biens dont le mari n'aura pas disposé auparavant. Il en conclut que la plupart des coutumes ont fort improprement employé les expressions « communauté » ou « régime de communauté », et il cite comme rédigée plus exactement selon lui, la coutume de Blois qui dit dans son article 178 que les meubles et acquêts sont en la *pleine disposition* du mari qui peut en *disposer comme un vrai seigneur de sa propre chose*. Et il cite Pontanus lequel explique sur le texte de cette coutume qu'il n'y a point communauté réelle pendant le

1. Troplong, *loc. cit.*, II, n° 861.

2. Toullier, *Droit civil français*, t. XII, n° 77 et suiv.

mariage ; qu'elle commence d'exister seulement par sa dissolution où le survivant des époux et les héritiers de l'autre se partagent par moitié ce dont le mari n'a pas disposé. Il cite également Pothier (Communauté, art. 1^{er}, 3^o) et conclut que par ces raisons, le mari « est réputé en quelque façon *seul seigneur et maître absolu* des biens de la communauté. »

Etrange théorie puisqu'en somme, d'après Toullier, la communauté ne commence qu'au moment où on admet généralement au contraire qu'elle se dissout.

Cette théorie excessive n'a guère été reprise par d'autres auteurs (1). Elle a été combattue, au contraire, par toute la doctrine et elle est abandonnée aujourd'hui. Quelques arrêts anciens s'étaient prononcés dans ce sens (2). Mais la jurisprudence n'admet plus cette manière de voir.

La théorie de Toullier s'appuie presque exclusivement sur l'ancien droit : sans doute le langage de Pothier, celui de Pontanus et la rédaction de certaines coutumes militent en faveur de cette conception, mais ces opinions extrêmes qui n'étaient elles-

1. V. pourtant dans ce sens, Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. IV, n° 2835.

2. V. références au S. 55.2.394. — V. également les motifs d'un arrêt de Chambéry, 16 mai 1885. S. 87.1.117 avec note de M. Appleton.

Cette conception attardée se retrouve encore dans un arrêt de Deux-Ponts du 8 janvier 1902. S. 1905.4.31 dont le motif suivant est assez surprenant : « aussi longtemps que dure la communauté les droits de la femme sur ces biens sommeillent vis-à-vis des tiers et les deux patrimoines sont unis sur la personne du mari comme un patrimoine unique ».

mêmes qu'une déformation et une exagération des doctrines de Dumoulin n'étaient partagées, nous l'avons vu, ni par toutes les coutumes ni par tous les auteurs.

Mais ce que l'on peut reprocher surtout à la théorie du mari propriétaire de la communauté, c'est d'être en contradiction manifeste avec les textes et l'esprit du Code civil. L'article 1421 du Code civil accorde évidemment de très larges pouvoirs au mari, mais qui n'impliquent nullement une idée de propriété exclusive et si l'article 1422 lui permet de *donner*, ce droit, si excessif qu'il puisse être, est limité aux meubles.

D'autre part, aux termes de l'article 1492, la femme peut renoncer à la communauté; c'est donc qu'elle y a des droits, car on ne peut renoncer à quelque chose qu'on n'a pas. Elle peut demander la séparation de biens (art. 1443). Enfin, toute la théorie des récompenses (art. 1437) s'oppose à l'idée d'un mari seul propriétaire de la communauté. Aussi cette opinion est-elle définitivement abandonnée.

Elle offre cependant cet intérêt rétrospectif de nous montrer vers qu'elles exagérations on s'est trouvé enclin au lendemain du Code civil pour caractériser les pouvoirs du mari.

Et c'était devenu un brocard de Palais que le mari *potest perdere dissipare abuti*.

II. Réformes demandées. — Comment ne pas s'expliquer alors la violente réaction contre ces

pouvoirs maritaux dont on a demandé la réduction, la limitation raisonnable.

Comment obtenir cette limitation ? Le danger, a-t-on dit, vient de ce que la plupart des fortunes modernes sont mobilières et tombent entièrement aux mains du mari. Il faut sauvegarder au moins les apports de la femme et limiter les droits du mari aux acquêts.

La communauté d'acquêts correspondrait mieux ainsi aujourd'hui à ce qu'était le régime de communauté sous l'empire des anciennes coutumes et cette réforme législative tendant à modifier notre régime légal a été maintes fois demandée (1).

Mais on est allé plus loin et c'est la suppression du régime de communauté lui-même qu'on a déclaré nécessaire. Nous verrons un peu plus loin à propos des droits de la femme comment on est arrivé à envisager cette mesure radicale.

La communauté cependant a gardé ses partisans et des auteurs se sont contentés de réclamer au sein du régime communautaire des réformes tendant à limiter les pouvoirs du mari (2) :

1° En supprimant la distinction en meubles et

1. Teissier, *De la communauté d'acquêts envisagée comme régime de droit commun* (brochure extraite de la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1901, n° 1).

Coquelle, *Des droits de la femme sur les biens communs*. Thèse Paris, 1908, p. 123.

2. V. notamment : Boistel, *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari* (*Réforme sociale*, 1902, p. 48 et suiv.) ; Baudrez, *Limites aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté*. Thèse Paris, 1905 ; Coquelle, *loc. cit.*, p. 123 et suiv.

immeubles de l'article 1422 et en interdisant au mari toute donation des uns comme des autres ;

2° En rendant obligatoire le concours de la femme pour tous les actes importants, que M. Boistel compare aux actes des sociétés qui touchent aux statuts et qui demandent, non seulement, la majorité des associés mais l'unanimité. Cette signature, fait-on remarquer, qu'on demanderait à la femme pour tous les actes importants n'est pas une chose si extraordinaire ni si gênante : on l'exige bien quand le mari aliène un immeuble de la femme, même de faible valeur, pour se couvrir de l'hypothèse légale. Or, n'est-ce point, au contraire, extraordinaire qu'on puisse s'en passer pour aliéner 500.000 francs de valeurs mobilières ?

3° En exigeant que le mari rende des comptes de son administration. Cette réforme serait peut-être plus difficile à faire admettre car on objecte que le respect de l'autorité maritale ne doit pas être affaibli par un contrôle possible. Mais alors répond-on, c'est la *patria potestas* ! Et, dit M. Boistel, c'est mettre en question le pourquoi de la prépondérance maritale et sa justification même.

Cette justification cependant, elle a été tentée même dans le sens des pouvoirs du mari les plus absolus. A cette question : pourquoi le mari a-t-il été investi d'un pouvoir presque illimité sur les biens de la communauté ? On a répondu (1) : « Ce

1. Troplong, *op. cit.*, n° 867 ; V. également Dalloz. J. G. Contrat de mariage, 1116.

n'est pas pour son propre avantage, mais dans l'intérêt commun ou pour la plus grande prospérité de la société conjugale. On présume que ses opérations profiteront à la communauté, car il y a plus de pères de familles prudents que de maris dissipateurs... Enfin, si l'on considère que le mari a déjà la puissance sur la personne de sa femme, qu'il est copropriétaire en même temps qu'administrateur et que même, il contribue en général plus que la femme aux gains de la communauté, on comprendra que le mari ait des droits bien supérieurs à ceux d'un administrateur ordinaire. »

Cette manière de voir n'est pas, à notre époque, aussi entièrement fausse qu'on pourrait le croire d'abord : tout en reconnaissant que les pouvoirs du mari sont excessifs on est obligé de convenir qu'ils forment une contre-partie assez équitable dans grand nombre de cas : c'est en effet le mari qui enrichit la communauté par son travail, plus encore aujourd'hui qu'autrefois. Dans nombre de ménages, jadis, la fortune venait de la femme qui apportait une dot dont les revenus égalaient souvent et dépassaient parfois les produits du travail ou de l'industrie du mari. Il est bien rare qu'il en soit encore de même aujourd'hui où l'intérêt de l'argent n'a pas suivi la hausse des salaires ni des traitements non plus que celle des prix. Que le mari soit commerçant, industriel ou simple fonctionnaire le produit de son travail ou son traitement représente le revenu d'un capital considérable et généralement hors de pro-

portion avec l'apport de l'épouse. De petits employés gagnent communément 1.000 francs par mois, soit 12.000 francs par an. Combien d'entre eux épousent des femmes ayant 200.000 francs de dot ? Il n'y a d'ailleurs pas lieu de déplorer autrement une situation qui, au fond, est plus morale, puisqu'elle tend à diminuer en les décourageant le nombre des inutiles et des coureurs de dot. Mais en attendant, disons que c'est le mari qui va donner tant que durera la communauté l'aisance, voir la fortune au ménage, et qu'à sa dissolution la femme acquerra en pleine propriété tout ce que le mari, travailleur et économe aura mis de côté sur ses gains. N'est-il pas juste au moins de reconnaître à cet homme pendant toute la durée du mariage un large pouvoir de disposition des biens de cette communauté ?

Nous disons un *large pouvoir* et non point un *pouvoir absolu* parce que, même dans l'hypothèse d'un ménage où c'est l'industrie de l'homme qui donne à la communauté ses seuls revenus, il répugne à notre esprit que dans une union aussi étroite qu'est l'état de mariage, renforcé pourrait-on dire de l'idée de communauté, l'homme ait la disposition de tous les biens, la femme rien. Cette situation nous apparaît presque aussi odieuse, que ces biens, aux mains du mari, proviennent de sa seule industrie ou qu'il s'agisse de revenus communs proprement dit. A quoi bon en effet le régime de communauté si nous aboutissons ainsi au même résultat qu'une séparation de biens dans laquelle la fortune est aux mains

du mari. C'est exactement en effet ce qui se produit dans les pays qui, comme l'Allemagne et la Suisse ont pour régime légal celui de la séparation. Au bout de quelques années de ménage, si le mari a réussi dans ses affaires, il s'est enrichi personnellement mais sa femme n'a rien. Nous avons vu comment dans ces législations mêmes on avait voulu remédier à une situation qui emporte en soi quelque chose d'immoral (1). Et la communauté qui est par excellence le régime de l'union des époux, né certainement de l'état de société entre mari et femme agissant en commun, (1) et dont on a même idéalisé l'épanouissement au souffle des idées chrétiennes et chevaleresques (2), ne saurait aboutir à une telle inélégance.

1. Page 31. Pactes post-nuptiaux possibles dans ces législations grâce à l'absence du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

1.-2. La qualité d'associée attribuée par le droit français du ^{xiii}e siècle à la femme commune en biens est un point essentiel dégagé par M. Lefebvre dans son ouvrage sur le droit des gens mariés. Il intéresse la nature juridique de la communauté et domine tout le problème de la communauté.

Quant à l'influence religieuse sur cette partie de notre droit, elle n'est pas contestable non plus mais ce qui a été discuté c'est le degré d'action exercé par elle. M. Lefebvre prétendant que cette action avait été décisive, a fait valoir : que la religion était au moyen âge, en l'absence de toute philosophie, la seule éducatrice des consciences ; que le christianisme et les croisades ont créé la chevalerie qui a exalté le rôle de la femme ; que toutes les causes concernant le lien conjugal élevé à la dignité de sacrement relevèrent de la juridiction ecclésiastique ; qu'il faut tenir compte de l'enthousiasme que les peuples du nord, en nouveaux convertis, manifestèrent pour le christianisme ; que dans toutes les coutumes comme dans toutes les conventions matrimoniales les textes sacrés sont en honneur et sont

Aussi admettons-nous volontiers cette manière de voir d'un des critiques les plus sévères des prérogatives maritales (1) «... Rationnellement la prépondérance du mari ne se justifie que par la nécessité de maintenir l'unité de direction dans la société conjugale, par l'impossibilité de trouver une majorité dans une association composée de deux personnes seulement, et, par l'obligation où l'on est par suite de donner comme dans bien des cas, voix prépondérante au président en cas de partage. Il faut également rappeler comme principe fondamental que ce pouvoir du mari est essentiellement un *pouvoir social*, dont il doit user uniquement dans l'intérêt commun et non dans un but égoïste et personnel ; qu'il appartient par suite au législateur de le tempérer en pratique par des mesures propres à empêcher les abus. »

Cette intervention du législateur, nous ne la

même paraphrasés. (Ch. Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français. Le droit des gens mariés*).

Mais l'érudition a contesté à M. Lefebvre la valeur des textes sur lesquels il s'appuie. L'idée élevée que se fait M. Lefebvre de la femme au moyen âge est contredite par l'impression du mépris brutal, grossier et cynique vis-à-vis des femmes qui se dégage de la littérature de l'époque (Etudes de M. Bedier, *les Fabliaux*, p. 286 et suiv). En face des textes sacrés cités par M. Lefebvre on oppose d'autres textes émanant de théologiens du ix^e au x^e siècle enseignant l'infériorité de la femme, et quant aux textes chrétiens cités par la basoche du moyen âge, ils montrent seulement l'insupportable étalage d'érudition latine de mise à cette époque, de la part de gens qui, ignorant des classiques citaient les pères de l'Eglise (Acher, *Origines de la communauté conjugale* (Rev. gén. du droit de la législ. et de la Jpd., 1906, p. 351 et suiv).

r. Boistel, *loc. cit.*, *Réforme Sociale*, 1902, p. 48 et suiv.

récusons pas et vraisemblablement les réformes demandées réaliseraient un progrès sur l'état de choses présent.

Mais nous voulons borner notre étude à celle du droit positif actuel.

III. — **Nature juridique des pouvoirs du mari.** — Or, existe-t-il dans notre droit positif des moyens permettant de réduire l'arbitraire des immenses pouvoirs du mari ? Autrement dit ces pouvoirs que nous avons tenté de justifier *en fait* en leur imposant un frein moral et une portée sociale, n'est-il pas possible de les justifier *en droit* ?

C'est bien évidemment une justification de cette sorte que l'on a voulu tenter en cherchant à faire rentrer les pouvoirs du mari dans le cadre d'une institution juridique bien définie. Plusieurs explications ont été proposées :

Première explication. — La communauté est une société. Or dans toute société il faut un chef et il est naturel qu'ici ce chef soit le mari.

Cette théorie a été maintes fois soutenue (1) et elle est assez séduisante. Elle assigne à la communauté conjugale une nature juridique définie et elle semble donner une base convenable aux pouvoirs du mari.

Elle s'appuie d'abord sur la tradition : On cite

1. Dans ce sens : Zachariæ, *Cour de droit civ. français*, II, p. 193 ; Boistel, *loc. cit.*, *Réf. sociale*, 1902, p. 48 et suiv ; Chauvin, *Etude sur la nature juridique de la communauté*. Thèse Caen, 1906.

des anciens auteurs : de Laurière fait une assimilation complète entre communauté et société (1).

Pothier déclare (2) : « La communauté entre conjoints par mariage et une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient. » Et un peu plus loin il estime que la bienséance interdit que l'homme que Dieu a fait pour être le chef de la femme ne soit pas le chef de leur communauté de biens.

En outre de la tradition, on rapproche les dispositions relatives aux sociétés, des règles concernant la communauté. Dans cette dernière on se plaît à retrouver les mêmes éléments constitutifs de toute société : 1° un patrimoine commun ; 2° un but de réaliser et de partager des bénéfices. Ici, sans doute, il faut admettre que la communauté peut se contenir d'un bénéfice moral ; 3° contribution aux pertes de chacun des associés ; 4° enfin un élément moral : *l'affectus societatis*.

Si séduisante quelle soit, cette théorie ne nous paraît pas admissible. Si l'on peut faire le rapprochement entre communauté et société à l'aide d'un certain nombre de textes, d'autres, par contre, s'opposent absolument à cette assimilation : la communauté

1. De Laurière, *glossaire du droit français*, t. I, p. 270. V° communauté de biens : « Les femmes furent tenues à la moitié des dettes contractées par leurs maris sans pouvoir renoncer à la société ou communauté parce que dans les règles, un associé ne peut renoncer à la société au préjudice de son associé ou de ceux qui le représentent. »

2. Pothier, *loc. cit.*, Prélim. 1. (Ed. Bugnet, p. 57.).

notamment commence et finit avec le mariage (art. 1399 et 1441 C. civ.), tandis que la société commence à une date fixée par la convention et se dissout pour des raisons fort différentes de celles de la communauté (art. 1843-1845 C. civ.).

La société, d'autre part, ne supporte pas certaines conventions dont s'accommode la communauté : telle la clause d'attribution de toute la communauté à un époux (art. 1525 C. civ.) qui serait en matière de société considérée comme clause léonine (art. 1855 C. civ.).

Enfin, le pacte social est modifiable au lieu qu'il est de l'essence même du régime matrimonial de rester immuable (art. 1395 C. civ.).

Néanmoins, on pourrait soutenir que le régime de communauté est une société spéciale n'obéissant pas à toutes les règles des sociétés ordinaires.

Et au fond n'est-ce pas ce que déjà disait Pothier (1) en déclarant que : «... cette communauté entre conjoints par mariage est exorbitante des sociétés ordinaires ».

Mais comment justifier par ce moyen, les pouvoirs du mari, chef de communauté ? En face de l'administrateur de société aux pouvoirs restreints et, de sa personne, essentiellement révocable nous avons un administrateur tout puissant et immuable. Sa qualité de chef de société, si société il y a, ne justifie nullement les pouvoirs considérables dont il dis-

1. Pothier, *loc. cit.*, *Communauté*, Prélim. 3.

pose. Et si on admet ces pouvoirs exceptionnels parce qu'il s'agit d'une société extraordinaire, c'est véritablement se payer de mots, et ce n'est pas une explication juridique.

Deuxième explication. — Le mari est investi d'un *mandat légal*.

C'est, dit-on, la conséquence de cette idée logique que le mari, disposant des biens communs, s'engage en son nom et au nom de sa femme. Son rôle est analogue à celui d'un associé gérant ou mieux d'un copropriétaire gérant. Si on admet, en effet, que le mari n'est pas ou n'est plus propriétaire comme dans l'ancien droit, il faut convenir qu'il agit pour lui *et pour sa femme* et qu'à ce dernier titre il est le mandataire légal de cette dernière.

La jurisprudence cependant n'a pas admis cette manière de voir. Elle estime qu'en engageant la communauté, le mari ne représente pas la femme qui ne saurait être *partie* à l'acte (1). Il y a là, dit l'arrêt envisagé, « une situation juridique toute particulière réglementée d'une façon spéciale et exceptionnelle ».

Cette explication, répondent les défenseurs de la théorie au mandat, n'en est pas une (2). D'ailleurs, si on affirme que la femme n'est pas *partie* à l'acte du mari on peut difficilement soutenir qu'elle soit *un tiers* :

Ainsi la femme n'est pas un tiers aux termes de

1. Remiremont, 11 août 1893. D. 94. 2. 24.

2. Chéron. Thèse Paris, p. 162.

la loi du 23 mars 1855, car si l'acquéreur d'un immeuble vendu par le mari n'a pas fait transcrire avant la dissolution de la communauté, la femme ne saurait prétendre que cette acquisition ne lui est pas opposable (1).

De même, la femme n'est pas un tiers au sens de l'article 1328 du Code civil, de sorte que les obligations contractées par le mari, ou les billets par lui souscrits sont opposables à l'épouse bien qu'ils n'aient pas date certaine » (2).

Mais la raison principale qui, à notre avis, doit faire condamner la théorie du mandat est que le mandataire doit rendre compte (art. 1993) et nous savons que le mari n'est point tenu à cette obligation (3). Sans doute, nous le verrons, la jurisprudence tend ici à se montrer exigeante vis-à-vis du mari à la liquidation de la communauté en lui demandant sinon de justifier de l'utilité et de la légitimité des dépenses, du moins de leur réalité et de leur importance (4). Mais, en définitive, le mari ne doit compte que de ce dont il s'est enrichi aux dépens de la communauté et s'il a laissé tout périr la femme ne peut lui reprocher la perte de ses biens. Le mandataire a des obligations toutes différentes et autrement rigoureuses (art. 1992 C. civ. et suiv.).

Troisième explication. — Le mari est simplement

1. Amiens, 30 janvier 1901. D. 1903.2.289.

2. Seine, 11 février 1893. D. 93.2.547.

3. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *loc. cit.*, n° 641.

4. Paris, 19 mai 1870. D. 71.2.40 ; Cass., 7 janvier 1890. S. 93.1.405 ; Bordeaux, 16 avril 1896. D. 99.2.385.

administrateur, mais ses larges pouvoirs s'expliquent du fait de la longue durée de sa gestion.

Cette opinion s'appuie sur le texte même du Code civil qui dit (art. 1421) que le mari *administre*. Elle s'appuie dans une certaine mesure aussi sur la tradition puisque nous avons vu que certaines coutumes ne regardaient le mari, au dire même de Pothier (1) que comme un simple *administrateur cum libera potestate* et d'après certains commentateurs, c'est l'esprit de ces coutumes qui aurait dirigé les rédacteurs du Code (2). Mais peut-on concevoir ce *cum libera potestate*? Oui, car rien n'est plus vague que la notion d'administration. Rien n'est plus variable aussi et tout dépend des cas auxquels elle s'applique. Or, il faut remarquer que dans le système du Code les pouvoirs d'un administrateur sont en raison de la durée de l'administration.

Exemple. — Comparons la gestion du mineur émancipé (art. 481 et suivants du Code civ.) à celle de la femme séparée de biens. L'administration de cette dernière est durable et de ce fait plus large (art. 1449, Code civ.)

On conçoit à la suite de cette remarque, que les pouvoirs du mari qui s'étendent à toute la vie de la communauté doivent être très larges pour lui permettre de parer à toutes les éventualités qui pourraient se présenter.

Sans doute, mais ici encore on ne conçoit pas que

1. Pothier, *loc. cit.*, *Communauté*, II, n° 472.

2. Note de M. Bugnet sur Pothier précitée.

le mari, si large que soit l'initiative qui lui est laissée, n'ait pas de comptes à rendre. Quest-ce qu'un administrateur qui n'est pas tenu de rendre compte?

En résumé, il n'est pas possible d'enfermer dans le cadre juridique d'une institution de droit commun le rôle du mari, chef de la communauté, et c'est en somme un résultat tout négatif auquel nous a amené une étude de la question des pouvoirs du mari sur les biens communs, aussi serrée que nous avons pu la faire. Elle justifierait une opinion assez commune aujourd'hui que la communauté conjugale est dénuée de tout caractère juridique particulier.

Faut-il s'en tenir là? Nous ne le croyons pas et, arrière de tout système préconçu, en nous plaçant devant les faits, nous croyons pouvoir donner une explication satisfaisante.

SECTION IV

Explication proposée **(Solution du problème précédent)**

Les immenses pouvoirs du mari nous paraissent être l'essence même de la communauté. En adoptant le régime de la communauté la femme est sensée s'abandonner aux mains du mari et consentir d'elle-même, à ce que ce dernier use des larges prérogatives que nous avons décrites. En ce faisant, elle n'est pas une associée qui *délègue* pendant un temps donné et à charge d'en rendre compte une partie de

ses pouvoirs à un administrateur ; elle n'entend pas davantage *donner mandat* de la représenter à un copropriétaire gérant. Non, son acte est plus complet, plus large : c'est un désistement, c'est un *abandon* de ses biens et de ses droits aux mains du mari, qui de ce jour-là, administrera en toute liberté, en toute indépendance. En agissant ainsi la femme *fait confiance au mari* et on a dit fort justement de la communauté : c'est un blanc-seing que la femme donne à son mari au début du mariage. (1)

Cette conception des pouvoirs maritaux peut surprendre tout d'abord : elle peut paraître une justification choquante de la théorie du mari seigneur et maître.

Nous verrons qu'il n'en est rien. Notre explication n'a d'ailleurs pour but de justifier aucune théorie : elle se place au contraire *devant les faits*.

Or, il est certain que le but de la communauté est de traduire entre les époux jusque dans la sphère de leurs biens, la donnée d'association profonde résultant du mariage. Et le mariage lui-même n'est-ce pas véritablement l'abandon de la femme aux mains du mari ? On peut même dire qu'en dépit de toutes les conventions matrimoniales ce ne sera jamais que cela.

Que les féministes revendiquent l'égalité des sexes devant la loi, que celle-ci, à son tour, proclame dans le mariage les droits de la femme et lui assure tant

1. M. Pilon à son cours. Lille, 1912.

au foyer domestique que dans la vie sociale la place à laquelle elle croit pouvoir prétendre, on n'empêchera pas que le mariage, au sens non plus juridique mais humain du mot n'implique pour la femme le don de soi-même au mari, c'est-à-dire l'homme qu'elle a choisi, à qui elle a voué son amour et en qui elle a placé sa confiance.

Pourquoi la femme userait-elle de ses biens autrement que de sa personne et s'en montrerait-elle plus avare?

Sans doute cette manière de voir ne s'accorde plus toujours avec nos mœurs. Le mariage, trop souvent, a perdu sa nature simpliste : il prend avant tout, aux yeux des familles le caractère d'un « établissement », voire même l'importance d'une « affaire ». Le mariage de raison, le mariage d'argent sont devenus des combinaisons courantes à notre époque, et l'objet de préoccupations dans lesquelles l'union des personnes est moins envisagée que le sort des fortunes. Biens des jeunes filles se *laissent marier* et des pères de famille désireux de *caser leurs filles* se montrent moins attentifs à la valeur morale du gendre que soucieux des intérêts à régler et de la dot à sauvegarder.

Mais ceci prouverait seulement que nous nous sommes écartés de la conception primitive du mariage et que la communauté n'est peut-être plus le régime qui convienne le mieux à nos mœurs.

Notre explication, en tous cas, traduit bien ce qu'a dû être la communauté primitive et elle ne contredit

ni les traditions barbares, ni les influences chrétiennes qui ont concouru à la formation de ce régime matrimonial (1).

Notre conception de la communauté s'accorde également avec notre législation et l'état actuel de notre droit. On comprend ainsi non seulement les immenses pouvoirs du mari mais l'absence pour lui de toute obligation de justifier sa gestion et de rendre compte. On n'a pas à se justifier vis-à-vis de quelqu'un qui vous a laissé carte blanche, or la femme s'est mise ici à la discrétion du mari. Elle peut cependant dira-t-on, faire cesser cette communauté et demander la séparation de biens. Mais la séparation de biens ne peut précisément être demandée que par la femme dont la dot est mise en péril et lorsque la communauté est déjà compromise. C'est même ce qu'on reproche à la séparation de biens qui, à

1. Dans la conception des origines germaniques de la communauté, la femme passe corps et biens sous le mundium du mari. V. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme en droit ancien et moderne*, p. 348 et suiv. ; Glasson, *Histoire du droit français*, III, p. 51 et suiv. ; Brissaud, *Histoire du droit français*, III, p. 132 et suiv. ; Planiol, *Droit civil*, III, n° 897.

Dans la thèse des origines chrétiennes de la communauté (Lefebvre, *loc. cit.*, p. 222 et suiv.) on cite principalement le texte de saint Paul qui affirme l'étroite union des époux et la subordination complète de l'épouse : « Mulieres viris suis subditæ sint sicut domino. Quoniam vir caput est mulieris sicut Christus caput est ecclesiæ... Propter hoc relinquet homo patrem et matrem suam, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una » (Epître aux Ephésiens, V. 22).

M. Lefebvre fait découler en droite ligne de ce texte le devoir d'obéissance écrit au Code (a. 213) notre système de l'autorisation maritale et les prérogatives du mari comme chef de la communauté.

cause de cela, n'a jamais été considérée comme un remède efficace aux abus de pouvoirs du mari. Cette particularité vient au contraire à l'appui de notre thèse en montrant que si la femme ne peut intervenir que lorsque sa fortune est compromise, c'est qu'il est de l'essence de la communauté que ses biens soient abandonnés à la masse commune et lui soient éventuellement sacrifiés si l'intérêt conjugal l'exige.

Est-ce à dire maintenant que notre thèse justifie les abus et les fraudes du mari, en accordant à ce dernier des pouvoirs arbitraires et sans limites ? Bien loin de là. La femme, avons-nous dit, *fait confiance au mari*.

Son complet abandon n'est motivé que par cette confiance et il ne se justifie qu'autant que le mari se montre digne d'un si grand crédit.

L'idée de *devoir* se trouve ainsi intimement liée à celle des pouvoirs du mari chef de communauté. Or, ici, comme tout à l'heure pour le geste de la femme, cette obligation du mari, cette idée de devoir, ne provient ni d'un engagement contractuel entre deux associés ni d'une obligation légale comme celle d'un mandataire vis-à-vis d'un mandant : Elle trouve son fondement et sa raison d'être dans la communauté, ou si l'on veut dans le mariage lui-même, puisque ces deux choses en définitive n'en font qu'une.

Ici encore, nous restons d'accord avec ce que l'on sait des origines de la communauté, qu'on envisage

le point de vue germanique ou le point de vue chrétien (1).

Ce dernier point de vue a marqué profondément son empreinte dans la formation de la communauté. Or, il est manifeste que la morale chrétienne n'a pu que renforcer cette idée, que le mari ne doit pas plus abuser des pouvoirs quasi souverains qu'il détient à l'égard des biens de sa femme qu'à l'égard de sa personne.

Elle se retrouve dans les textes de notre ancien droit (2) où apparaît l'interdiction faite au mari d'agir en fraude des droits de sa femme.

Ce n'est pas la première fois qu'une règle de morale se serait transformée en une règle de droit (3) et on comprendrait très bien qu'il existât dans notre

1. Pour références : Voir note 1 page 68... Les coutumes barbares au moment où se dégagent les principes de la communauté en étaient vraisemblablement arrivées à cette période d'évolution où le droit sur la personne et sur les biens se transforme en une mesure de protection. Le mari germain apparaît avant tout comme le représentant de sa femme, son champion dans les duels judiciaires et l'administrateur des biens, mais il n'a aucun droit absolu, et on cite à cet égard les formules de Marculf et Grégoire de Tours (L. VI, n° 18 et suiv. L. IX n° 33).

Quant aux principes chrétiens ils font au mari l'obligation morale de n'user de ses pouvoirs maritaux que dans l'intérêt commun des époux et tout acte du mari préjudiciable à sa femme est une faute car, dans ce même texte de saint Paul qui affirme les prérogatives maritales, est commandé l'amour du mari pour sa femme jusqu'au sacrifice de soi-même : « Viri diligete uxores vestras, sicut et Christus dilexit ecclesiam et se ipsum tradidit pro ea. »

2. V. la très ancienne Coutume de Bretagne, ch. 82, édit. Planiol, p. 132.

3. L'article 213 et les prescriptions du Code civil relatives aux droits et devoirs des époux en est une preuve.

Code civil, à la suite des articles 1421-1422 consacrant les pouvoirs du mari après une évolution presque dix fois séculaire, une disposition consacrant à son tour l'interdiction pour lui d'abuser de ces pouvoirs au préjudice des droits et des intérêts de sa femme.

Cette restriction n'existe pas, ou du moins elle n'est pas écrite.

Nous prétendons cependant qu'elle s'est perpétuée jusqu'à nous comme la communauté elle-même dont elle est un élément nécessaire.

Qu'on ne nous objecte pas que cette défense de « mal user » de ses pouvoirs soit pour le mari une simple barrière morale dépourvue aujourd'hui de toute valeur juridique. Sans doute, si on admet la formation chrétienne de la communauté, ce frein de pure morale religieuse qui a pu être suffisant en un temps où la foi était vive et l'église puissante, n'effaroucherait guère aujourd'hui. Mais la jurisprudence de nos tribunaux, suivant une tradition qui s'est perpétuée sans arrêt, condamne et frappe de nullité les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de sa femme.

Cette conception de la fraude interdite au mari prend ainsi toute sa valeur. Il ne semble pas qu'on ait toujours donné à cette question l'importance qu'elle mérite, faute d'en dégager le principe.

On convient généralement (1) que le mari ne peut

1. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, *loc. cit.*, n° 649 et références à la suite du n° 650.

agir en fraude des droits de sa femme, mais on ne voit là qu'une limitation accessoire et d'ailleurs insuffisante des pouvoirs du mari. Les détracteurs des prérogatives maritales se contentent de signaler comme trop étroite la notion de fraude admise par la jurisprudence (1) ou même n'accordent aucune valeur à ce « vague principe » d'agir sans fraude (2).

Nous estimons, au contraire, que ce principe est des plus importants. Il domine véritablement la question des pouvoirs maritaux dont nous avons à dessein cherché à dégager d'abord toute l'étendue et toute la rigueur.

Petite brèche à ce grand édifice, la seule d'ailleurs, la défense d'agir en fraude pourrait faire s'écrouler la puissance du mari dès que ce dernier dépasserait la mesure, pour peu que l'on entende la fraude au sens large du mot : car le droit cesse où l'abus commence.

Nous n'en sommes pas encore là, mais nous verrons comment la jurisprudence tend à donner à la notion de fraude une extension de plus en plus grande et comment la défense faite au mari d'agir en fraude des droits de sa femme tend à devenir le véritable contrepoids de ses exorbitants pouvoirs.

1. Baudrez, thèse Paris, 1905 ; Boistel, *loc. cit.*, *Réf. sociale*, 1902, p. 48 et suiv. M. Boistel voudrait voir fixer à forfait la dépense du ménage et déclarer frauduleux tout ce qui excéderait ces prévisions.

2. Coquelle, thèse Paris, 1908, p. 138.

*
* *
*

Il convient donc maintenant de préciser cette notion de fraude, mais en disant fraude *aux droits* de la femme et non pas seulement au préjudice de la femme nous rendons nécessaire une explication : la femme a-t-elle vraiment *des droits* sur la communauté et quels sont-ils ? Ce sera l'objet du chapitre II.

CHAPITRE II

LES DROITS DE LA FEMME

SECTION I

Définition du droit de la femme sur la communauté

On a soutenu autrefois que la femme n'aurait aucun droit né et actuel sur les biens de la communauté avant la dissolution de celle-ci (1). Elle n'aurait que la *simple expectative d'un droit* qui pourrait ne jamais naître, suivant les hasards de l'administration du mari ; sa position serait celle d'une associée présomptive comparable à l'héritier non-réservataire vis-à-vis du futur *de cujus*. « Dans ce système, dit-on, il est évident que le mari ne peut être réputé agir en fraude d'un droit qui n'existe pas (2). »

Mais ce raisonnement est un véritable sophisme, disent MM. Baudry-Lacantinerie (3), et il n'est plus

1. C'est la contre-partie du système que nous avons déjà signalé accordant au mari un droit de propriétaire sur les biens communs, V, p. 50, 51 et références.

2. Répertoire Fuzier-Hermann, V^o Communauté conjugale, n^o 1167.

3. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op cit.*, I, n^o 247.

contesté aujourd'hui ni en doctrine ni en jurisprudence que la femme ait des droits sur la communauté pendant la durée de cette dernière (1).

Ce qui est plus difficile à déterminer c'est en quoi consistent ces droits et quelle est la nature de ces derniers. Les écrasants pouvoirs du mari pendant la communauté rendent cette question très délicate à définir.

1° Droit conditionnel. — Dans un système qui se rapproche de celui de Toullier on a dit : la femme n'a pas seulement l'expectative d'un droit pendant la communauté, elle a véritablement un droit, mais il est conditionnel. La condition est constituée ici par ce fait que la femme peut accepter ou répudier la communauté, voire en provoquer la dissolution anticipée par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, au lieu que dans le système de Toullier son droit est subordonné à cette condition potestative du mari : ne pas avoir dissipé la communauté.

Cette conception paraît avoir été celle des rédacteurs du Code civil si on en juge par le rapport de Duveyrier au Tribunat (2) qui distingue dans la communauté deux aspects, deux phases successives : l'une allant jusqu'à la dissolution pendant laquelle le mari est maître de la situation, la deuxième comprenant la liquidation après dissolution subordonnée

1. Répertoire Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, n° 1168 avec toutes les références.

2. 11 pluviôse an XII. Fenet, *op. cit.*, t. XIII, nos 707 et suiv.

à l'option de la femme et où celle-ci est maîtresse de tous ses droits, la condition étant résolue. Le droit conditionnel de la femme jusqu'à la dissolution de la communauté se trouve garanti par des mesures conservatoires qu'elle peut provoquer.

Ce système s'accorde bien avec l'ensemble des institutions du Code civil :

1° Prédominance maritale pendant la durée de la communauté. Le mari administre seul le patrimoine commun et en est virtuellement propriétaire si bien que ses créanciers peuvent s'opposer à la séparation de biens introduite par la femme en fraude de leurs droits (art. 1447) ;

2° Les créanciers de la femme, au contraire, dont le droit n'est que conditionnel ne peuvent exercer aucun recours contre la communauté sauf s'ils sont munis d'un titre ayant date certaine antérieur au mariage (art. 1410, C. civ.) ;

3° Le droit conditionnel de la femme s'accorde avec les mesures conservatoires mises à sa disposition par la loi, avec la séparation de biens, la renonciation, le bénéfice d'émolument, l'hypothèque légale, l'interdiction pour le mari de disposer des immeubles à titre gratuit, etc.

Mais on a reproché précisément à cette théorie d'exagérer la notion d'actes conservatoires. En réalité, les actes de la femme considérés comme tels dépassent de beaucoup cette notion.

Quant à ce droit conditionnel lui-même quelle force, a-t-on dit, imprime-t-il aux actes de la femme ?

Il est impossible en particulier avec cette notion d'expliquer qu'aux termes de l'article 1419 la femme engage la communauté quand elle contracte avec le consentement du mari (1).

2° Droit éventuel. — L'idée que le droit de la femme sur la communauté, encore que né du jour du mariage, puisse être affecté d'une modalité qui l'empêche de se manifester suggère une autre explication : celle de droit éventuel.

Une théorie originale (2) appelle *éventualité* une modalité qui comme le terme et la condition est susceptible de paralyser un droit. On se place dans l'hypothèse d'une situation juridique qui serait parfaite s'il ne lui manquait provisoirement un élément accessoire ; l'obligation est née mais l'absence de cet élément accessoire l'empêche d'être efficace et de se manifester : elle est éventuelle ; ainsi la vente de la chose future est valable bien qu'il manque un élément accessoire : l'objet (art. 1130, C. civ.). Le vendeur a contracté une obligation éventuelle.

L'essai d'une théorie générale de ces droits (3) a dégagé cinq classes de droits éventuels suivant que l'élément qui leur manque affecte : 1° le consente-

1. A. Lefebvre, *les Obligations contractées par la femme commune en biens avec l'autorisation du mari*. Thèse Lille, 1909, IV, VII.

2. Demogue, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance* (*Rev. trim. de dr. civil*, 1905, p. 723 et suiv.). *Id.*, *De la nature et des effets du droit éventuel*, *ibid.*, 1900, p. 231 et s.

3. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*. Thèse Paris, 1907.

ment ; 2° la capacité ; 3° la cause ; 4° l'objet. Enfin, une cinquième classe comprend des droits éventuels légaux comme apparaît être celui de l'héritier *ab intestat*.

Ne serait-ce donc pas un droit éventuel que celui de la femme sur la communauté ?

Analysons ce droit éventuel :

Il se distingue de la condition par ce fait qu'il est incomplet au lieu que le droit conditionnel est complet et subordonné seulement à l'exécution d'un événement futur et incertain.

Mais la condition suspend la naissance du droit au lieu que l'éventualité n'en suspend que l'exécution.

Le droit éventuel apparaît donc en quelque sorte d'une nature supérieure au droit conditionnel car le créancier conditionnel est *paralysé* par la condition, événement incertain, au lieu que le créancier éventuel *pourra agir* en vue de la réalisation de l'éventualité.

Ce droit de poursuivre la réalisation aurait, disent les auteurs de cette théorie (1), une double face en permettant soit de *faire des actes positifs* pour contraindre le débiteur à parfaire le contrat incomplet auquel il a consenti, soit *a fortiori* de faire des *actes conservatoires* pour empêcher que la négligence ou la mauvaise foi du débiteur rendent la réalisation de l'éventualité impossible.

1. Titulesco, *op. cit.*, n° 256, p. 242.

Or nous voyons bien la femme usant des actes conservatoires pour sauvegarder ses droits mais nous ne voyons pas par quel acte positif elle pourrait tendre à la réalisation de l'éventualité si ce n'est en hâtant la dissolution de la communauté. Or la séparation de biens est le remède désespéré d'une situation compromise, il serait paradoxal d'en faire un but à poursuivre.

SECTION II

Droits conférés à la femme en réaction des pouvoirs du mari

Ce n'est pas tant d'ailleurs le désir de trouver une définition du droit de la femme qui a hanté les juristes que celui d'en affirmer l'existence et l'importance toujours plus grande.

C'est le désir de protéger la femme dans ses biens et de lui assurer une place plus large au foyer conjugal, de la rapprocher en un mot de la communauté, qui a inspiré tout un courant d'idées favorables à la femme, *en réaction des pouvoirs du mari* jugés excessifs et injustes.

Cette réaction aux pouvoirs du mari ne date pas que de ces dernières années. Elle a commencé dès le xv^e siècle, c'est-à-dire au moment même où, nous l'avons vu, le mari avec le triomphe du droit romain était proclamé seigneur et maître de la communauté.

La femme, au contraire, a cessé d'être à cette

époque l'associée qu'il semble bien qu'elle était auparavant dans la communauté. Avec la renaissance du droit romain et la résurrection du Vellein, elle est devenue une incapable : nous avons vu que d'Argentré la compare à l'esclave antique et Dumoulin ne lui accorde plus qu'un droit théorique sur la communauté (1).

Or, c'est à partir de ce moment même, disons-nous, que commence en faveur de la femme un mouvement de réaction. Mais l'évolution de cette idée ne va nullement tendre à restituer à la femme la place d'associée qu'elle a perdue : au contraire elle devient de plus en plus incapable, ses droits sur la communauté sont dans l'esprit des juristes de moins en moins perceptibles tant que dure la communauté, mais par compensation, la femme, à la dissolution se trouvera investie à son tour de droits de plus en plus puissants.

Au fond, ces deux courants divergents ont la même source et cette situation contradictoire a pour principale cause l'intrusion dans nos coutumes matrimoniales des principes complètement différents du droit romain.

Frappée par lui d'incapacité, la femme sera protégée pour cette incapacité : plus elle sera incapable plus elle verra grandir *ses droits* de protection.

L'évolution des pouvoirs du mari nous donne la mesure de ce qu'étaient devenus les droits de la femme sur la communauté au XVIII^e siècle.

1. V. p. 41 et références, notes 1, 2 et 3.

Au nom de la doctrine de Dumoulin, déformée pour justifier les exorbitants pouvoirs du mari, on a finalement nié à la femme toute existence juridique pendant la durée de la communauté, notamment à l'aide de la formule « Uxor non est proprie socia sed speratur fore (1). »

Aussi Pothier déclare-t-il (2) : « Le droit de la femme sur les biens de la communauté n'est pendant qu'elle dure qu'un *droit informe*... » et quelques lignes plus loin : « Le droit de la femme se réduit donc tant que la communauté dure à *une simple espérance* de partager les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution. »

Et Lebrun dit de même (3), parlant du droit de la femme : « Si on le considère par rapport au temps du mariage, *il n'y a rien de si faible*. »

Mais que de protections ont entouré peu à peu cette fragilité et combien différente apparaît la situation de la femme à la dissolution de la communauté. Enumérons ces différentes conquêtes :

1° **Privilège de renonciation.** — Il apparaît, dès le x^e siècle, comme la généralisation à toutes les femmes et à tous les biens de communauté d'un pri-

1. On a fait justice de cet abus en montrant comment ce lambeau de phrase trouvé sous la plume de Dumoulin (Commentaire ad. art. 109, n° 3) n'avait jamais eu dans la pensée du jurisconsulte du xvi^e siècle la portée qu'on devait lui donner plus tard. V° Albert Chéron, *Etude sur l'adage* Uxor non est proprie socia sed speratur fore. Thèse Paris, 1901. Introduction.

2. Pothier, *op. cit.*, *Communauté*, n° 497.

3. Lebrun, *op. cit.*, *Communauté*, ch. II, II, 1.

vilège reconnu très anciennement aux veuves nobles de s'exonérer des dettes de leur époux. L'origine peut en remonter aux croisades qui étaient une source de dépenses excessives pour le mari. On lit, en effet dans Loysel (1) : « A laquelle communauté les veuves nobles de ceux qui mouraient au voyage d'outre-mer eurent privilège de pouvoir renoncer et depuis en général toutes les autres. Ce qui a depuis été étendu jusqu'aux roturières par l'autorité et invention de maître Jean-Jacques de Mesme. »

Ce droit est consacré dans la Coutume de Paris de 1510, article 115.

2° **Bénéfice d'émolument.** — S'introduisit sous forme de clauses facultatives dans les contrats, puis fut admis par la jurisprudence du Parlement de Paris même en l'absence de toute clause à partir de 1543 (2) et admis enfin dans la Coutume de Paris de 1580 (art. 237 et 228).

3° **Séparation de biens.** — Existe certainement au début du xv^e siècle à l'encontre des maris « gas-teurs et dissipateurs de biens » (3).

4° **Limitation quant aux dettes délictuelles du mari.** — Le mari engageait les biens communs indéfiniment par ses délits. En cas de peine capitale toute la communauté y passait et la femme était entièrement frustrée. Un édit de 1431 décide qu'à

1. Loysel, *Institutes coutumières*, I-II, 10 et 11 ; Consult. également Beaumanoir, *op. cit.*, XIII, 9.

2. Papon, Recueil d'arrêts, I-XV, titre I, n° 27.

3. M. Glasson, *Hist. du Droit*, t. VII, p. 370, note 3, la fait remonter à la fin du xiv^e siècle.

Paris cette confiscation serait de la moitié seulement de la communauté (1). Cet usage était généralisé au xviii^e siècle (2).

5° **Récompenses et reprises.** — La théorie des récompenses apparaît au xvi^e siècle d'abord pour le cas d'aliénation d'un propre (Cout. de Paris de 1580, art. 232) puis s'étend et se généralise si bien qu'au xviii^e siècle elle fait l'objet d'études fort complètes de Lebrun et de Pothier (3).

Enfin, le droit est reconnu à la femme d'exercer la première ses reprises, sur la communauté et si celle-ci est insuffisante sur les propos du mari.

6° **Hypothèque légale.** — Née au xvi^e siècle alors que meurt le Velleien (4). Cette hypothèque sur les biens du mari garantira à la femme le paiement de son douaire ou des récompenses. Elle couronne pourrait-on dire, tout l'édifice de précautions qu'on a accumulé autour de la femme pendant cette léthargie juridique à laquelle on l'a condamnée pendant le mariage.

La réunion et la combinaison de ces diverses prérogatives entre ses mains à la dissolution du mariage la rendent à son tour redoutable pour le mari et

1. Lebrun, *Communauté*, I, chap. II, sect. III, n° 1.

2. Pothier, *Communauté*, n° 474.

3. Lebrun, *op. cit.*, III, ch. II, sect. I, n° 62; Pothier, *op. cit.*, n° 587 et suiv.

4. L'hypothèque légale apparaît avec d'Argentré sous l'article 436 de la Coutume de Bretagne (gl. 2, n. 5) et le Velleien est aboli par un édit de 1606, mais il y avait longtemps que les femmes avaient pris l'habitude d'y renoncer.

l'exercice de ces droits apparaît exorbitant aux anciens auteurs : Lebrun s'étonne de ce droit privilégié de reprises sur la communauté et éventuellement sur les biens du mari (1). Et de Laurière, sous l'article 225 de la Coutume de Paris, s'indigne de cette opinion émise par Lebrun que si le mari dissipe la communauté par des donations excessives, la femme peut demander la séparation *sans renoncer à la communauté*, obtenir partage par moitié et emporter sa part : Il estime que hors le cas de donation frauduleuse du mari « ce serait perdre la raison » que d'accorder à la femme et le droit de demander la séparation de biens, et le droit « d'enlever à son mari la moitié des épargnes et des acquisitions qu'il a faites sur le fondement qu'il dissipe ces mêmes biens (2) ».

C'est un étonnement de ce genre qu'ont manifesté les rédacteurs du Code civil et Duveyrier, dans son rapport au Tribunat (3) enregistre les critiques qu'on a adressées à ce point de vue à la communauté dont le système serait oppresseur des deux époux : « C'est la femme que la communauté opprime tant qu'elle dure. C'est le mari quand elle est dissoute. Pendant la communauté la femme est opprimée parce qu'elle n'est maîtresse de rien, parce que son mari dispose de tout même sans son consentement... A la dissolution, le mari est opprimé parce que la femme, en

1. Lebrun, *op. cit.*, III, ch. II, sect. I, n° 68.

2. De Laurière, *op. cit.* sur la Coutume de Paris, art. 225.

3. 19 pluviôse an XII. Fenet, *op. cit.*, XIII, p. 707.

vertu de son droit de renonciation, d'esclave qu'elle était devient despote à son tour... »

On aurait pu, après cette critique, s'attendre à ce que les rédacteurs du Code, voyant ce qu'il y avait d'incohérent dans le système de la communauté que leur apportait la tradition, aient tenté une refonte définitive de cette question. Ils eurent, nous l'avons vu dans ce même rapport de Duveyrier au Tribunal (1), au moins *l'intention* de réduire les pouvoirs du mari jugés excessifs. Réciproquement il eut été naturel que les droits de la femme pendant la communauté fussent élargis ou en tous cas reconnus. Il n'en fut rien et Duveyrier conclut (2) : « En cet état quels sont les droits de la femme ? *Elle n'en a point* tant que la communauté existe, ni dans l'administration, ni dans la disposition des biens qui la composent. » Et le Code civil enregistre également sans y toucher le principe de l'incapacité de la femme mariée qui subsiste aujourd'hui encore dans notre législation.

Ainsi chez le législateur de 1804, il y a certainement absence d'une idée, d'un système d'ensemble relatif à la communauté. Il a recueilli la tradition avec ses disparités dont nous avons voulu rappeler les causes et le Code ne s'est pas occupé de faire la balance des droits du mari et de la femme sur les biens communs, c'est-à-dire de définir la nature juridique de la communauté.

1. Fenet, *loc. cit.*, p 720.

2. Fenet, *loc. cit.*, p. 721.

SECTION III

Nature juridique de la communauté

On a cru nécessaire cependant de dégager cette formule et des systèmes ont été édifiés marquant dans leur ensemble *trois tendances* que nous devons noter :

Deux de ces tendances s'opposent nettement, concluant l'une à la personnalité de la communauté, l'autre à son caractère d'indivision. Un troisième système plus récent trouve entre ces extrêmes une formule intermédiaire appuyée sur la conception historique de la *Gesamte hand*.

I. La communauté personne morale. — Ce fut la conception de Troplong (1) qui voyait dans la communauté une entité indépendante des époux eux-mêmes, laquelle prenait à ses yeux la valeur d'une « personne métaphysique ». Cette théorie trouva des adeptes dans la doctrine et dans la jurisprudence qui semble ne l'avoir répudiée que vers 1860 (2).

Cette théorie, assez superficielle, tire la majeure partie de ses arguments des textes mêmes du Code civil.

1. Troplong, *Le Droit civil expliqué. Du contrat du mariage*.

2. Duranton, *Cours de Droit civil français*, t. XIV, n° 16 ; Prondhon, *Traité de l'usufruit*, t. I, n° 306 et 321 ; Boistel, *Philosophie du Droit*, t. II, p. 87 ; Dijon, 9 février 1844. D. 44.2.121 ; Rouen, 11 mars 1846. S. 46.2.504.

1° On veut voir dans le mot lui-même de communauté, employé dans maints articles du Code, une masse de biens indépendante destinée à être partagée ultérieurement.

Exemple l'article 1401. « La communauté *se compose* activement... »

Ou encore l'article 1411. Les dettes des successions purement mobilières sont à *la charge* de la communauté, etc. »

2° Un autre argument est tiré de l'article 1410 : Les créanciers de la femme antérieurs au mariage et dont la créance n'a pas date certaine n'ont aucune action sur la communauté considérée, par conséquent, comme masse autonome.

3° L'article 1401-2° accordant l'usufruit des propres des époux à la communauté fait bien de celle-ci un être distinct puisqu'on ne peut avoir d'usufruit sur ses propres biens.

Aucun de ces arguments n'est bien sérieux : on peut répondre :

1° Si le langage des rédacteurs du Code peut à la rigueur prêter à confusion dans certains articles, il est impossible de donner au mot communauté l'acception que la théorie envisagée veut lui prêter dans nombre d'autres articles 1401 et 1399 par exemple. Les anciens auteurs d'ailleurs, employaient le mot communauté de la même manière que le Code civil et ne l'ont jamais considéré comme une personne morale.

2° Si les créanciers de la femme n'ont pas d'action

sur la communauté, ceux du mari en ont une et comment concilier la confusion de patrimoine qui s'opère précisément entre celui du mari et les biens communs, avec l'idée d'une masse autonome douée de personnalité morale ?

3° L'argument de l'article 1401 est un pur sophisme : il ne s'agit pas d'avoir un usufruit sur ses propres biens il s'agit de l'affectation des revenus des biens propres. Le Code dit qu'ils profitent à la communauté, c'est-à-dire à l'un comme à l'autre des époux.

Enfin on a combattu cette doctrine (1) en faisant valoir qu'elle était inconciliable avec nombre de dispositions contenues au Code civil :

Avec l'article 1423 par exemple qui suppose la rétroactivité du partage à l'époque de la formation du mariage.

Or si la communauté était personne morale, l'indivision ne devrait commencer qu'à la dissolution du mariage. On remarque à ce sujet, suivant que l'on adopte ou non la théorie de la personnalité, que l'effet déclaratif du partage sera plus ou moins étén-

1. Voir notamment : Laurent, *Principes*, t. XXI, n° 210 ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 334 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, n° 505 ; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 345 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, *Du contrat de mariage*, t. I, n° 249 et suiv. ; Masse, *Caractères juridiques de la communauté*. Thèse Paris, 1902, p. 102 et suiv. ; Chauvin, *Etude sur la nature juridique de la communauté entre époux*. Thèse Caen, 1906, p. 204 ; Butel, *Etude critique sur l'idée de la personnalité civile de la communauté*. Thèse Paris, 1901, p. 67 et suiv. ; Cass. Req., 18 avril 1860. S. 60.1.305. D. 60.1.185 ; Req. 16 janv. 1877. D. 78.1.265 ; Cass. 28 fév. 1886, S. 87.1.213 ; Cass., 10 janv. 1896, S. 1900.1.511.

du et ceci nous intéresse plus particulièrement. Car si la question de l'application de l'article 883 ne se pose guère dans la généralité des cas à cause des pouvoirs très étendus du mari, elle se présente au contraire si le mari a abusé de ses pouvoirs en faisant une donation interdite par l'article 1422 ou un acte en fraude des droits de sa femme.

Nous verrons enfin plus loin qu'avec la théorie de la personnalité on ne peut justifier les donations conjointes et qu'avec ce système la donation d'un immeuble de communauté n'est jamais valable même avec le concours des deux époux.

Cette conception juridique de la communauté nous paraît donc devoir être écartée.

II. La communauté co-propriété indivise.

--- L'idée d'une co-propriété indivise entre les époux a été autrefois soutenue par Laurent (1), et même l'avant projet de Code civil belge rédigé par lui, contient un nouvel article comblant la lacune que nous avons signalée dans le Code Napoléon et destiné à éclairer sur la nature juridique de la communauté. Il est ainsi conçu : Article 1443. « La communauté ne forme pas une personne civile, les époux deviennent co-propriétaires par indivis des biens qui entrent en communauté. »

La théorie de Laurent fondée sur l'interprétation large des textes du Code civil, en particulier des ar-

1. Laurent, *Principes*, XXI, n° 210.

ticles 1421, 1399, 1441, 1419, 1427 etc. qu'elle explique fort à propos, est encore en faveur aujourd'hui (1) et l'idée générale que le mari et la femme sont co-propriétaires des biens communs est admise par nombre d'auteurs et par la jurisprudence (2). Cette idée d'une co-propriété est « basée sur l'égalité du moins théorique des droits des deux conjoints (3) ». Mais cela ne va pas sans accroc et il faut bien reconnaître que le mari et la femme ne sont point en réalité des associés égaux. C'est que, dit-on, « la nature et la loi après elle, désignent le mari comme chef du ménage (3). » Cette raison n'explique rien et ne justifie pas dans cette indivision les pouvoirs considérables du mari, vraiment inconciliables avec une propriété indivise.

En réalité, nous avons trouvé dans notre chapitre I^{er} l'explication *historique* de ces pouvoirs. Mais l'étude critique de l'histoire de la communauté a suggéré, elle aussi, des arguments aux partisans de la théorie de copropriété. On a fait ressortir et la déformation au cours des siècles de la notion de société par mariage, et l'œuvre incohérente du législateur de 1804. Par là, cette théorie a triomphé à la fois de l'opinion tendant à faire du mari un propriétaire et de la théorie de la communauté personne morale, mais nous ne pouvons admettre sa conclusion quand,

1. Butel, *op. cit.*, Thèse Paris, 1901, p. 96 et suiv.

2. Huc, *Commentaires du droit civil*, IX, 73, et en général les auteurs et les arrêts qui condamnent la théorie de la personnalité.

3. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, *Contrat de mariage*, I, n° 637.

voulant interpréter la pensée des auteurs du Code civil, aux faibles lueurs de leurs discussions, elle conclut : (1) « Les rédacteurs du Code ont voulu faire du mari un *copropriétaire gérant* : telle est l'idée originale et neuve qui se trouve dans leurs discussions ; c'est donc cette idée qui doit nous guider dans les cas douteux, *bien qu'elle soit sur plus d'un point contredite par le texte même de la loi.* »

La réticence finale montre par elle-même la fragilité de cette théorie qui n'explique pas, par exemple, l'article 1410 du Code civil excluant l'action des créanciers de la femme n'ayant pas date certaine, sur les biens communs.

Quant aux donations qui excèdent les pouvoirs du mari en vertu de l'article 1422, mais qui sont faites conjointement par les époux, les partisans eux-mêmes de la théorie de copropriété ne sont pas d'accord sur la question de savoir si elles sont valables ou non : nous verrons plus loin qu'ils ne peuvent les justifier.

Enfin, rien n'est moins sûr que les rédacteurs du Code aient eu cette idée vraiment originale de créer ici une indivision : nous avons parcouru les comptes rendus des travaux préparatoires sans trouver trace nulle part de cette volonté. Ni dans la présentation de Berlier au Conseil d'Etat (2), ni dans

1. Alb. Chéron, *op. cit.* Thèse Paris, 1901, p. 135.

2. Fenet, *op. cit.*, XIII, pp. 499, 526.

la discussion au Tribunat (1), ni dans le discours de Berlier au Corps législatif (2), ni dans le rapport de Duveyrier au Tribunat que nous avons analysé déjà dans ses parties essentielles (3), ni enfin dans la discussion au Corps législatif (discours de Siméon), seuls textes où soient analysées et discutées les données de la communauté telles qu'elles résultent, dit Duveyrier, de 300 coutumes dont 60 espèces différentes, on ne trouve même l'intention de faire de la communauté une copropriété indivise, non plus d'ailleurs que le souci de prêter à cette communauté un caractère juridique défini. Remarquons d'ailleurs qu'il eût été bien étrange que les rédacteurs du Code civil qui ont montré une si grande défaveur pour l'indivision, puisqu'ils ont proclamé par l'article 815 qu'on ne pouvait être contraint d'y demeurer, l'eussent érigé ici en une institution dont on eu pu dire, en vertu de l'article 1395 du Code civil, qu'il était impossible d'en sortir !

III. Théorie de la « Gesamnte hand ». — Les études de M. Saleilles (4) furent le point de départ d'un certain nombre de travaux qui révélèrent en France, depuis une vingtaine d'années seulement, la théorie de la *Gesamnte hand* (5).

1. Fenet, *op. cit.*, XIII, p. 608 et suiv.

2. Fenet, *op. cit.*, XIII, p. 669.

3. Fenet, *op. cit.*, XIII, pp. 695, 707, 720, 721.

4. Saleilles, Cours professé à la Faculté de Droit de Paris, 1899-1900. V. également, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 125.

5. Verdelot, *le Bien de famille en Allemagne* ; Masse, *Carac-*

Le Gesamtteigenthum ou Miteigenthum zù gesammter Hand qui peut se traduire en français par l'équivalent de « propriété en main commune » est une conception du droit germanique ou du droit franc qui s'est perpétué en Allemagne jusqu'à nos jours.

Elle implique l'idée d'une communauté juridique de personnes, sans personnalité propre, distincte des membres qui la composent et sans pourtant que ces membres soient unis entre eux par un véritable lien de copropriété véritable.

Sa caractéristique, c'est le lien personnel très fort existant entre les membres de cette communauté, lien qui, symbolisé par l'enlacement des mains, a donné son nom à l'institution. Sur ce lien personnel repose une communauté de biens dans laquelle les droits des membres de cette communauté sont confondus et qui est complètement distincte du bien propre de chacun d'eux.

Ainsi en prétendant que la communauté conjugale ne serait pas autre chose qu'une propriété en mains communes, on arrive à une formule intermédiaire entre la personnalité morale et l'indivision, considérées, à juste titre, comme les deux pôles extrêmes de l'association.

La Gesamtte hand serait née de la communauté familiale qui est à l'origine de l'organisation même

tères juridiques de la communauté entre époux dans ses précédents historiques Th. Paris, 1902 ; Margat, *De la condition juridique des associations non déclarées* (Revue trim. de dr. civ., 1905, p. 246 et suiv.).

de la famille germanique. Le principe se serait étendu de bonne heure à des groupements divers ayant pour but : soit une organisation économique comme les communautés paysannes, soit la conservation des biens dans les familles nobles, soit enfin la formation de sociétés de commerce ou de groupes d'artisans.

Le système de *Gesammte hand* devait trouver sa place dans les rapports pécuniaires entre époux et l'on en suit le développement en Allemagne et en Suisse depuis le moyen âge jusqu'au Code civil allemand de 1900.

Sur cette remarque que les institutions de la France et de l'Allemagne ont eu une base commune dans l'Empire franc de Charlemagne on a prétendu suivre parallèlement en France, à travers les siècles, le même développement historique de la *Gesammte hand* dans la communauté conjugale (1).

Par la *Gesammte hand* sont expliquées les sociétés ou communautés taisibles qui auraient servi chez nous de support à cette institution pour la faire passer dans la communauté de biens entre époux (2).

Par la *Gesammte hand* est expliqué aussi comment les pouvoirs du mari sont devenus considérables. Le mari, organe et représentant de la *gesammte hand*, a fini à ce titre par acquérir le droit d'agir seul dans la plupart des cas, non comme mandataire mais en son nom propre, sans être tenu de rendre

1. Masse, *op. cit.*, p. 271 et suiv.

2. Masse, *op. cit.*, p. 387 et suiv.

compte et ce « mouvement juridique, dit M. Masse (1), qui aboutit à faire du mari un maître absolu des biens de la communauté est simplement un des exemples de l'évolution que l'on rencontre à l'égard des pouvoirs des représentants de toutes les communautés zù gesammtter hand ». Mais qu'on ne s'y trompe pas, le mari, dans cette théorie ne devient pas propriétaire absolu ; les deux époux restent copropriétaires et il est de l'essence de la Gesamtte hand que le mari ne doit et ne peut agir que dans l'intérêt de la femme. Aussi celle-ci n'a besoin d'aucune garantie, car elle a confiance dans l'administration du mari.

Cette conception s'adapte bien au principe du mari, chef de la communauté dans le Code civil et on peut, à l'aide de cette théorie, justifier l'ensemble des dispositions du Code civil : le mari agit seul sans avoir à rendre compte parce que chef du ménage et représentant de la Gesamtte hand. Ses pouvoirs sont limités cependant, parce que tout chef d'une communauté en main commune ne doit agir que dans l'intérêt de celle-ci. S'il outrepassé ses pouvoirs c'est un abus et le mari chef d'une communauté en mains commune n'est irresponsable qu'en tant que ses actes sont exempts de fraude. D'où extension de la responsabilité maritale grâce aux principes de la Gesamtte hand (2).

Cette théorie conclut, en somme, dans le sens de la

1. Masse, *op. cit.*, p. 284, 285, 297.

2. Masse, *op. cit.*, p. 470 et suiv.

thèse que nous soutenons. Elle prétend également justifier la validité des donations conjointes dans les cas qui excèdent la permission faite au mari par l'article 1422, car, dit-on, le principe de la collaboration est la règle dans la *Gesammte hand* et la donation conjointe est un retour au droit commun.

Enfin, cette conception de la nature juridique de la communauté ouvre à la femme un immense champ d'action possible et lui restitue ce rôle de collaboratrice et d'associée qu'elle avait perdue depuis le *xv^e* siècle. Nous paraissions donc bien près ici de la solution cherchée.

La théorie de *Gesammte hand* a cependant été réfutée suivant trois ordres d'arguments que nous devons examiner :

1° On a reproché à cette théorie de n'être *pas conforme à nos conceptions juridiques*. Issue du droit germanique, florissante en droit allemand moderne, il s'agit là, a-t-on dit, d'abstractions germaniques qui ne trouvent pas leur place dans notre droit français, logique et simple. Comment comprendre ce droit de propriété qui n'appartient ni à un individu, ni à un être moral distinct, ni même indivisement aux deux époux ? Quel est le sujet, le titulaire du droit ? Il semble que nul n'en est propriétaire (1).

On répond, il est vrai, que le sujet du patrimoine commun c'est la *Gesammte hand* et la *Gesammte hand* ce sont les deux époux : la masse patrimoniale

1. Chéron, thèse, *loc. cit.* p. 147.

est bien leur propriété mais sans détermination de quote-part (1).

Il faut reconnaître, pour le moins, que cette conception est d'une grande subtilité. Néanmoins, qu'importerait et l'origine et la difficulté de cette théorie si elle s'imposait, soit par la tradition historique, soit par l'utilité qu'il y aurait à l'adopter.

Mais sur ces deux autres points également elle a été controuvée.

2° *La valeur historique* de la théorie de la Gesamte hand a été formellement contestée. D'aucuns ne voient dans ce système qu'une pure conjecture quelque peu confuse et tout à fait invraisemblable (2). D'autres, tout en acceptant de voir dans la Gesamte hand, l'application de tendances collectives très répandues dans le monde germanique et franc, tendances qui se seraient traduites dans la communauté, refusent absolument d'admettre que cette Gesamte hand ait été le principe dirigeant de notre communauté et trouvent excessive la thèse qui prétend en suivre le développement et l'évolution au fur et à mesure des adaptations successives de cette institution, car on arrive ainsi à une construction théorique et outrée complètement en désaccord avec les faits (3).

« Notre communauté entre époux, dit M. Mey-

1. Masse, thèse, *loc. cit.*, p. 442.

2. Chauvin, thèse, *loc. cit.*, *in princip.*

3. Meynial, *le Caractère juridique de la communauté entre époux* (*Revue trim. de droit civil*, 1903, p. 811. et suiv.)

nial (1), a vécu une existence fort agitée, toute pleine de coups et de contre-coups, poussée tantôt vers plus d'union et tantôt vers plus de séparation individuelle, tantôt avec plus d'égalité de la femme et tantôt vers plus d'autorité du mari... Et c'est à cause de cette variété d'existence qu'il me semble impossible de dégager un principe unique qui aurait ainsi commandé à travers les siècles la marche même de l'institution. »

Les quelques considérations historiques dont nous avons accompagné l'étude des pouvoirs du mari et celle des droits de la femme nous permettent sans insister davantage, et en laissant de côté notamment toute discussion de textes, d'apprécier la justesse de ces observations (2).

3° La théorie de la *Gesammte hand* a-t-on objecté encore est *contraire au texte et à l'esprit du Code civil*.

Elle fait de la femme, en effet, l'associée légale du mari alors que le Code lui a assigné un rôle subordonné. Cette divergence de principe apparaît notamment en face de l'article 1419 du Code civil dont l'interprétation suivant qu'on admet ou non la théorie de *Gesammte hand* est très différente, et on raisonne ainsi (3) :

1. *Id.*, *ibid.*, p. 824.

2. Notons aussi que ce système prétend trancher également la question des origines de la communauté dans un sens purement germanique ou franc, à l'exclusion ou peu s'en faut de toute autre influence notamment de l'influence chrétienne, ce qui est excessif.

3. A. Lefebvre, *op. cit.* Thèse Lille, 1909.

Quand la femme agit, ce n'est pas en vertu d'un pouvoir propre, mais en vertu d'un droit latent qui se réveille devant l'abdication momentanée des pouvoirs du mari. Si elle était copropriétaire en mains communes elle n'aurait pas besoin de l'autorisation maritale. Elle pourrait de son chef engager les biens de communauté, ce qui lui est interdit, sauf dans le cas de l'article 1426. Elle n'est donc pas l'associée au sens large comme dans la *Gesammte hand*.

La théorie de la *Gesammte hand* n'explique pas non plus comment le patrimoine du mari se confond avec le patrimoine commun ou ne l'explique tout au moins que du jour de l'entrée en vigueur de la communauté. Or cette confusion de patrimoine se produit avec un effet rétroactif. Avec la *Gesammte hand* la scission des deux patrimoines doit toujours être possible, et de fait, le Code civil allemand admet (art. 1469) que le mari puisse demander la séparation de biens. Rien de semblable dans notre Code civil.

Enfin, nous verrons plus loin qu'on peut contester certaines solutions relatives à la nullité des actes abusifs du mari et, en ce qui concerne les donations conjointes, la justification qu'on prétend tirer de la *Gesammte hand*.

Pour nous, la considération principale qui nous fait écarter cette théorie, c'est que là même où elle s'accorde pleinement avec notre droit positif et où elle aboutit à des conclusions voisines des nôtres, son caractère d'utilité ne nous paraît pas démontré.

Les pouvoirs du mari, la nature de son administration, la limite que lui impose l'obligation d'agir sans fraude, tout cela, nous le voulons bien, est parfaitement d'accord avec les principes de *Gesammte hand*, mais ceux-ci nous paraissent bien inutiles en l'occurrence puisque nous sommes arrivés aussi à cette justification en la faisant découler de la nature même de la communauté.

SECTION IV

Tendances modernes d'émancipation féminine

Le meilleur argument au fond de la théorie de la *gesammte hand*, et ce qui doit expliquer son succès, c'est son idée même de collaboration de la femme au sein de la communauté.

Cette conception favorable à la femme, lui assurant au foyer conjugal un rôle plus important, une autorité plus considérable devait être bien accueillie.

Ce serait la seule raison d'être de cette théorie.

Mais dans cet ordre d'idées où s'arrêter ? Est-il bien sûr même que sur ce point, la théorie de la *Gesammte hand* ait donné la mesure de tout ce qu'on peut accorder à la femme et n'est-elle pas dépassée déjà par *les idées*, par *les faits* et par *la loi* ?

I. LES IDÉES. — La tendance moderne, a-t-on dit (1), est orientée vers l'individualisme des époux

1. Meynial, *loc. cit.*, p. 815 et suiv.

et la doctrine de la *Gesammte hand* tend à un retour vers une union plus étroite et vers une fusion plus complète des patrimoines des époux.

Ces tendances individualistes ont été manifestées par un grand nombre de juristes, de parlementaires, de féministes, qui, trouvant trop étroit le cadre même de la communauté conjugale, préconisent comme régime de droit commun la séparation de biens.

Cette réforme, proposée depuis longtemps par MM. Viviani et Henri Coulon avait été défendue déjà par Accolas, Emile Ollivier, Huc; elle trouve aujourd'hui de nouveaux et ardents partisans avec MM. Ambroise Colin et Capitant et M. Léon Lyon-Caen. M. Planiol lui aussi paraît depuis la loi de 1907 se rallier à cette idée (2). Une proposition de loi enfin, œuvre de M. Louis Martin sénateur, a posé devant le parlement la question de cette réforme (3).

Les arguments que l'on fait valoir (4) à l'appui de ces idées et de ces tendances sont les suivants :

1° La communauté est *inconciliable avec un régime vraiment libéral*, c'est-à-dire où serait reconnue l'égalité entre époux et la capacité complète de la femme. L'échec des deux premiers projets de Cambacérès qui avait rêvé de cette égalité absolue entre

1. Planiol, *Droit civil*, 6^e édition, t. I^{er}, n° 948, t. III, n° 773.

2. Cette proposition de loi n'a pas été retenue pour le moment.

3. V. notamment rapport de M. Léon Lyon-Caen sur le régime matrimonial de droit commun au *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1922, p. 137 et suiv.

époux au sein de la communauté, en est la meilleure preuve 1)

2° La communauté est *inconciliable avec la pleine capacité de la femme* (2);

3° La communauté, même avec le régime le plus libéral (3) ne peut assurer convenablement la *défense des intérêts pécuniaires de la femme*, car il suppose toujours la prépondérance du mari et la faculté par lui de grever de ses dettes le patrimoine commun, donc de dissiper les acquêts par une administration maladroite ou malhonnête (4).

La tendance aux idées individualistes et favorables à l'émancipation féminine ne s'inspire pas toujours d'analyses aussi juridiques. Au nom de la justice et de l'équité, au nom de l'égalité des sexes qu'aucune raison physiologique ni historique ni religieuse, ne

1. Cambacérès, Discours préliminaire au troisième projet; Fenet, *op. cit.*, I, p. 156. Ce fut également la conception de Laurent (avant-projet du Code civil belge, t. V, p. 16) qui arrive à des conclusions impraticables. Le Code civil fédéral du Mexique (art. 279) sanctionne cependant ce système sous la communauté conventionnelle.

2. En Italie cependant la loi du 17 juillet 1919 a aboli l'incapacité de la femme mariée sans toucher aux pouvoirs maritaux reconnus par le Code civil italien de 1865. Mais il faut remarquer que c'est la séparation de biens qui est le régime légal et que le seul régime communautaire conventionnel est la société d'acquêts.

3. Comme en Suisse, en Allemagne, au Mexique où sont subordonnées au consentement de la femme les aliénations des biens communs à titre gratuit et celle des immeubles.

4. C'est surtout cette dernière considération qui, au cours des travaux préparatoires, paraît avoir fait rejeter la communauté comme régime légal du Code civil allemand. V. Léon Lyon-Caen, *la Femme mariée allemande*. Thèse Paris, 1903.

vient infirmer, on réclame l'égalité dans le mariage (1). Ces tendances extrêmement intéressantes et qu'inspirent les sentiments les plus généreux ne tiennent malheureusement pas toujours compte de la complexité de nos institutions juridiques, notamment dans le domaine de notre communauté conjugale. Par la tradition, nous restons solidaires du passé : c'est un héritage lourd parfois à porter, mais c'est aussi un élément de stabilité précieux dont il ne faut pas se départir à la légère, car il permet au droit français d'aborder hardiment les programmes les plus révolutionnaires avec la certitude de ne rien faire que de mesuré sinon d'harmonieux.

II. LES FAITS. — Les faits eux aussi poussent notre époque à l'individualisme des époux.

Le rôle de la femme dans la société moderne s'est trouvé modifié du fait des transformations économiques et sociales qui ont marqué de leur empreinte notre société contemporaine.

Il y a beau temps déjà qu'on a enregistré toutes les causes de cet ordre tendant à l'émancipation féminine (2), développement du crédit, rapidité des transactions, développement du commerce et de la grande industrie ; formation de la classe ouvrière, progrès de l'instruction et accession des femmes aux professions libérales.

1. V. notamment : Paul de Lauribar, *le Code de l'éternelle mineure* (philosophie du Droit féminin). Paris, Plon, 1922 (lettres approbatives de MM. Raoul Péret, André Weiss et Henri Robert).

2. Aftalion, *la Femme mariée, ses droits, ses intérêts pécuniaires*. Thèse Paris, 1899, p. 370 et suiv.

Nous n'insisterons point sur ces faits qui sont d'évidence aujourd'hui, mais il faut dire combien la guerre de 1914-1918 a accéléré, a précipité cette évolution. La femme restée seule pendant des années entières tant aux champs qu'à la ville a exercé avec succès, et dans toutes les branches de l'activité humaine, des professions masculines ou considérées comme telles jusqu'alors. Elle a pris, l'habitude de gagner de l'argent et d'administrer un patrimoine. Le développement des titres et des valeurs par l'émission d'emprunts successifs et des bons de la défense nationale, leur facilité d'acquisition et de négociation, puisque le moindre bureau de poste délivre des bons de la défense à tout venant, ont donné aux femmes l'habitude et le goût des affaires.

Il faut parmi les éléments de fait qui tendent à l'émancipation féminine parler aussi des mœurs. Elles sont devenues très positives. Nous avons déjà signalé plus haut l'importance des considérations pécuniaires sur les mariages à notre époque. Ajoutons que beaucoup d'autres se concluent à la diable. Aussi que de divorces : les statistiques du ministère de la Justice établissent qu'en France et depuis cinq ans le nombre des demandes en divorce est passé de 19.000 en 1913 à 35.000 en 1920, et ces chiffres ne contiennent pas celui des demandes en séparation de corps dont le quantum est environ du septième des demandes en divorce. La guerre a été ici encore un facteur important : parla durée qu'elle a imposé aux séparations elle a été un élément de

démoralisation de beaucoup de ménages. Les chiffres tendent à établir cette influence car après cette ascension vertigineuse l'année 1921 marque une baisse de mille demandes et 1922 accuse une décroissance plus sérieuse encore. Les statistiques établissent, en outre, (autres éléments symptomatiques à noter), que les divorces sévissent particulièrement dans les ménages *sans enfants* (pour 1911 une proportion 4 fois plus forte dans ces derniers) et vraisemblablement plutôt dans les ménages où les *questions d'argent* sont primordiales puisque ce sont les commerçants qui donnent le plus gros appoint au divorce (proportion de 20 divorces pour 10.000 ménages au lieu que dans les milieux ouvriers la proportion est de 12 pour 10.000 et dans les campagnes de 3 pour 10.000).

III. LA LOI. — La législation ne pouvait rester en arrière d'un mouvement aussi général et de tendances aussi unanimement favorables à la femme.

Nous nous bornerons à citer les lois qui, dans ces dernières années, ont élargi la participation de la femme à la gestion des biens communs.

Loi du 9 avril 1881, sur la caisse d'épargne postale (art. 6 et 21) ;

Loi du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargnes ordinaires (art. 16) permettant aux femmes mariées de se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne sans l'autorisation de leur mari.

Loi du 20 juillet 1886 sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse (art. 13) permettant aux

femmes mariées d'effectuer des versements sans autorisation de leur mari.

Loi du 13 juillet 1907, sur le libre salaire de la femme mariée et sur la contribution des époux aux charges du ménage.

Loi du 12 juillet 1919 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable. Cette loi interdit au mari qui a constitué comme bien de famille un de ses immeubles ou un immeuble commun, de l'aliéner sans le consentement de sa femme donné devant le juge de paix.

Il est vraisemblable que ce mouvement législatif ne s'arrêtera pas là : la loi de 1907 notamment considérée déjà comme trop étroite n'a pas encore dit son dernier mot. Elle vient du reste de recevoir un premier complément (1).

SECTION V

Conclusion

Ainsi nous vivons à une époque où plus qu'en toute autre semble se précipiter l'évolution de nos conceptions matrimoniales. Nous devons nous tenir

1. Loi du 8 juin 1923 complétant les articles 1 et 2 de la loi du 13 juillet 1907. Les précisions apportées ont trait, d'une part, à la capacité de la femme relativement à son salaire, notamment pour emprunter et hypothéquer sans autorisation du mari dans le domaine des biens réservés ; d'autre part, à la publicité du jugement prononçant le retrait des pouvoirs conférés à la femme.

au courant des mœurs et des tendances modernes qui exigent une adaptation nécessaire de nos institutions juridiques.

Celles-ci heureusement, fortes de leur passé, modelées au cours des siècles suivant les tendances et les besoins du moment, donnent l'exemple d'une plasticité remarquable. Est-il donc besoin pour consacrer ces *droits de la femme* dont nous espérons avoir fait ressortir l'intérêt et la force moderne d'expansion, d'un système juridique bien défini ?

« Nous avons la bonne fortune, écrit M. Meynial, de posséder un régime de communauté mitigé, désordonné si vous voulez, mais plein de principes si opposés qu'on est sûr d'y trouver de quoi infléchir l'institution en un sens ou en l'autre suivant les circonstances. C'est l'idéal du régime juridique d'une société en mal de transformation. Serait-il sage de nous forger de nos propres mains une armature plus résistante qui aurait pour but de fortifier un principe d'union peu en faveur aujourd'hui (1) ? »

Non sans doute, et nous repoussons toute construction juridique artificielle et théorique, mais il ne faut pas aller trop loin et nier à notre communauté tout caractère juridique propre.

Ce scepticisme serait insuffisant à son tour et on peut sans verser dans le système et dans la construction schématique, interroger les institutions en elles-mêmes et chercher à en dégager le principe.

1. Meynial, *loc. cit.*, p. 823.

L'explication que nous avons proposée, tirée de la nature même de la communauté pour justifier les pouvoirs du mari explique bien la situation de la femme pendant le mariage et le caractère à la fois réel et insaisissable de son droit. Elle explique aussi la tradition et les dispositions du Code civil qui l'a recueillie : *du jour du mariage* la femme a fait confiance au mari et lui a abandonné ses biens et ses droits s'en rapportant à lui pour l'administration des uns et l'exercice des autres. Ses créanciers ne peuvent donc plus avoir action sur ces biens que si leur créance a date certaine antérieure au mariage. Ceux du mari, au contraire, même antérieurs au mariage acquièrent, de ce même jour, des droits sur toute la communauté puisqu'elle tombe, pourrait-on dire, tout entière dans le patrimoine du mari.

Cet abandon *en droit* de la femme au mari est si vrai qu'il corrobore l'abandon *en fait* qui se produit dans presque tous les ménages (1) où c'est en somme le mari qui tient les cordons de la bourse. Il est si naturel et si conforme à la nature non seulement de la communauté mais du mariage que dans les pays mêmes où la communauté n'existe pas, des précautions particulières ont été imaginées pour protéger la femme contre son propre penchant.

C'est ainsi qu'en Angleterre, pays séparatiste par excellence, la femme par désintéressement ou par inaptitude ou encore par docilité abdique le plus sou-

1. Malgré la loi du 13 juillet 1917 ou même en dépit d'un régime séparatiste.

vent entre les mains de son mari ses intérêts pécuniaires (1). Ainsi se trouve-t-elle comme les autres exposée aux abus et aux dissipations du mari. D'où l'usage très répandu en Angleterre de la clause de *Restraint against anticipation* (prohibition pour la femme et son mari d'aliéner le capital ou le revenu des biens de l'épouse). C'est une véritable clause de dotalisation qui, paraît-il, s'introduit de plus en plus dans les contrats et par laquelle les familles anglaises soucieuses de protéger la fortune de leurs filles contre l'action du mari interdisent à ce dernier la gestion de biens que les jeunes femmes elles-mêmes, subissant l'habituel entraînement, seraient tentées de leur abandonner (2).

Cet abandon de ses droits, dont la femme peut être relevée par le mari lui-même qui renonce dans ce cas à son droit de priorité et restitue à son épouse le droit toujours vivant de copropriété qu'elle a sur la masse a déjà permis de donner une explication juridique de ce qu'on a vulgairement appelé le mandat domestique, cet autre phénomène de la pratique qui fait qu'aux termes de l'article 1419 du Code civil la *femme autorisée* engage de son propre chef, non seulement la communauté mais tous les biens des époux (3).

D'autre part, mais à l'aide des mêmes principes,

1. Voir à ce sujet les très intéressantes communications faites à M. Levy-Ullmann par M. P. Pollock et Edward Jenks au *Bulletin de la Société des Etudes législatives*, 1922, p. 151.

2. Deloison, *la Capacité de la femme mariée en Angleterre*.

3. Lefebvre, *op. cit.* Thèse Lille, 1919.

nous arrivons à fixer entre les pouvoirs du mari et les droits de la femme ce juste équilibre en vain cherché ailleurs puisque l'abandon de ses droits par la femme au mari n'a de raison d'être que la confiance qu'elle a en lui. La femme recouvre tous ses droits quand cette confiance n'existe plus, c'est-à-dire quand le mari accomplit un acte en fraude des droits de l'épouse.

Notre conception est donc extrêmement favorable à la femme. Elle donne à la *notion de fraude* une place capitale puisqu'elle en fait le critérium des pouvoirs du mari. Il reste à examiner maintenant si cette notion à laquelle nous sommes arrivés théoriquement peut se justifier par les *textes* ou par la *tradition*.

CHAPITRE III

LA NOTION DE FRAUDE ET L'ACTE FRAUDULEUX

SECTION I

Les textes

La fraude, avons nous dit, ou plus exactement le principe d'agir sans fraude, domine toute la question des pouvoirs maritaux sur les biens communs,

Il semble qu'il y ait un certain paradoxe dans cette affirmation puisqu'en feuilletant le Code civil on ne trouve rien à ce sujet. Nous nous heurtons en effet tout de suite à cette grosse difficulté que nous n'avons pas de textes. Les articles 1421 et 1422 du Code civil que nous avons cités en tête de cette étude affirment les pouvoirs du mari qui, sauf l'interdiction de donner les immeubles communs, paraissent absolus : pas la moindre restriction ; pas une indication dans les travaux préparatoires.

On pourrait comprendre qu'à défaut d'une disposition particulière, le Code civil ait entendu se référer à une disposition d'ordre général prononçant la nullité de tout acte frauduleux à quelque domaine

qu'il appartienne. On trouve ainsi, au chapitre des obligations, un certain nombre de vices qui rendent nuls, au moins dans certains cas, les actes qui en sont entachés : erreur, violence, dol. Ces dispositions ont une portée générale. On chercherait en vain une disposition de ce genre concernant la fraude.

Et pourtant n'est-ce pas à une sorte de principe général que paraissent se référer la plupart des auteurs modernes qui admettent la nullité des actes frauduleux du mari.

« Bien que cette limitation ne soit pas écrite dans la loi, disent MM. Baudry-Lacantinerie, *il est admis* que le mari ne peut engager la communauté par un acte fait en fraude des droits de son conjoint (1). »

« Quelque étendus que soient les pouvoirs conférés au mari..., disent MM. Aubry et Rau, *il doit cependant les exercer sans fraude* (2). »

Troplong disait déjà :

« Bien que le mari soit seigneur et maître de la communauté, *il est de principe* qu'il doit la régir sans fraude. » Mais il aurait été fort embarrassé de dire où était écrit ce principe.

« *Fraus omnia corrumpit !* » se contente-t-on enfin de déclarer communément. Mais un adage n'a jamais été une règle de droit : il en est tout au plus le reflet quand il n'en est pas la caricature.

Cette règle de droit, elle-même, a-t-elle existé

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 649.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, VIII, § 509.

dans le droit romain ? Il ne semble pas pour toute la période classique et ce ne serait qu'au Bas-Empire qu'une constitution de Théodore et de Festus serait venue annuler tout acte frauduleux même non prévu par une disposition spéciale de la loi.

Rien de semblable dans notre législation.

Le domaine de la fraude dans notre droit moderne est pourtant considérable et on a eu plus d'une fois à regretter que notre législation, non seulement n'ait pas élaboré une théorie générale de la fraude, mais n'en ait même pas donné une définition (1).

Dans le langage courant on entend par là toute tromperie, tout acte ou toute manœuvre déloyale, mais cette notion est trop imprécise, surtout dans une matière comme celle-ci, où parmi les actes faits par le mari une discrimination extrêmement délicate s'impose entre ceux que permettent, en dépit de leur apparence suspecte, la large initiative inhérente à ses pouvoirs, et ceux qui, sous le couvert d'opérations correctes, aboutissent à une spoliation injustifiée de la femme ou des héritiers de celle-ci.

Il est donc nécessaire de chercher à préciser cette notion :

Or, à défaut du Code civil, nous ne trouvons guère, chez ses commentateurs, de définition générale de la fraude :

1. Pierre Vigneron, *la Fraude dans le transport des droits*. Thèse de Paris, 1923.

Chardon (1) dit que c'est « l'art de braver les lois avec l'apparence de la soumission et de tromper par l'extérieur des actes et des faits sinon ceux qu'on dépouille du moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance ».

Cette définition est trop large puisqu'elle confond, en somme, la fraude et le dol. La confusion des deux mots est, du reste, assez fréquente non seulement dans la pratique mais dans le langage même des jurisconsultes.

MM. Baudry-Lacantinerie eux-mêmes emploient ces mots indifféremment, semble-t-il, pour la matière qui nous occupe. Après avoir en effet posé le principe que le mari ne peut agir *en fraude* des droits de sa femme (2), ils cherchent à analyser ce mot *en fraude* et ils déclarent (3) que le mari, administrateur irresponsable des biens de la communauté ne répond ni de ses *négligences* les plus graves, ni de ses *fautes* les moins excusables, mais que tous les auteurs (4) admettent qu'il répond de son *dol*. Et les « *exemples de dol* » qui sont donnés à la suite, sont bien des cas où le mari a agi en fraude des droits de la femme.

1. Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, 1828.

2. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, *op. cit.*, I, 649.

3. *Id.*, *Ibid.*, I, 650.

4. Ils citent à ce sujet : Troplong, II, 871 ; Rodière et Pont, II, 875-876 ; Aubry et Rau, V, § 509 ; Demante et Colmet de Santerre, V, 65 *bis* ; Laurent, t. XXII, n° 40 ; Guillouard, II, 734 ; Huc, IX, 129 ; Planiol, III, n° 1022.

Donc pour MM. Baudry-Lacantinerie, la fraude, c'est ici le dol. Est-ce bien exact ?

Il semble qu'on puisse exiger du langage juridique une précision que le langage courant néglige. Il est vrai que la confusion existait en droit romain qui donnait au mot *dol* un sens général très large puisqu'il rangeait sous cette expression « *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumvenendum, fallendum decipiendum aliquem adhibitam* (1) ».

Et c'est évidemment dans ce sens large que l'entendent les auteurs que nous venons de citer ; mais nous sommes poussés à plus de précision par ce fait que le mot *dol* a pris dans notre législation un sens plus précis.

Si le Code civil, en effet, a négligé de définir la fraude il a pris soin de dire ce qu'il entendait par *dol* à l'article 1116. Il s'agit de « manœuvres » ayant pour but d'obtenir un contrat avantageux avec une personne qui se trouve ainsi trompée.

Or, la fraude sera, au contraire, employée pour empêcher un résultat dérivant de la loi ou d'une convention établie de se produire. Elle constituera aussi un *ensemble de manœuvres* mais dont le but sera de faire échec à la conclusion normale, naturelle, pourrait-on dire, d'une convention ou d'une institution légale. En l'espèce, la conclusion naturelle de la communauté, c'est le partage égal entre les époux ;

1. Ulpien au Dig. IV, 3, 2.

une manœuvre, un acte du mari ayant pour but de fausser ce résultat, constituera donc une fraude. Nous disons bien qu'il faut une *manœuvre*, c'est-à-dire un acte qui implique la volonté de frauder : le *concilium fraudis*.

En donnant cette explication, nous n'avons pas la prétention de donner une formule définitive ; une définition susceptible de s'appliquer à toutes les hypothèses de fraude. Nous nous contenterons pour le moment de cet à peu près, quitte à préciser ultérieurement dans l'application en nous aidant de la tradition et de la pratique.

Mais il est important de dégager dès maintenant la fraude qui est un *but* des moyens employés pour atteindre ce but.

Ces moyens sont des plus divers, mais peuvent trouver place dans les trois catégories suivantes (1) :

1° Faits matériels. — C'est, par exemple, le cas d'une personne qui, pour se soustraire à une obligation fait périr la chose exprès. Ce fait qui est qualifié dol par l'article 1151 du Code civil par l'étrange abus de ce terme que nous avons signalé est bien en réalité une fraude. Le mari qui, dans les mêmes conditions, fait disparaître de la communauté un bien (un immeuble qu'il laisse tomber en ruine, un

1. Nous empruntons cette division à M. Pierre Vigneron dont la thèse (précitée) tend à une étude complètement différente de la nôtre. Mais ce rapprochement tend à prouver qu'il y aurait intérêt (et ce serait relativement facile) à édifier une théorie générale de la fraude en droit moderne.

fonds de commerce qu'il laisse périlcliter) ou même un objet, dans le but d'en frustrer à la dissolution, la femme ou les héritiers de celle-ci, doit donc être réputé commettre une fraude. Mais, étant donné les pouvoirs |souverains qu'il possède, notamment sur les meubles, qu'il peut à sa fantaisie perdre ou détruire, son acte ne sera réputé fraude que s'il est prouvé que celui-ci a eu pour *but* de léser son conjoint. On touche ici dès maintenant un des points les plus délicats dans cette matière : la preuve.

2° Simulation. — La simulation est le fait soit de conclure un contrat apparent dont le résultat est aussitôt annihilé ou amoindri ou modifié par une autre disposition restée cachée, soit de déguiser le contrat lui-même : par exemple, d'effectuer une donation sous forme de vente.

Le mari qui n'a pas le droit de donner un immeuble commun consentira une vente qui aura toutes les apparences d'un acte inattaquable. En réalité, il aura effectué une donation en faisant remise du prix ou en recevant un prix disproportionné à la valeur de la chose vendue (vente à vil prix). Il aura commis une fraude.

3° Conclusion d'actes juridiques réels et sérieux. — Un mari a le droit de donner des meubles au moins à titre particulier. Il peut ainsi faire une série de dons particuliers de valeur de communauté dont le résultat sera de ruiner cette communauté. Ces actes sont, en eux-mêmes, parfaitement licites et n'ont dans notre hypothèse fait l'objet d'aucune dis-

simulation. Il y aurait cependant fraude si, ce faisant, le mari avait eu l'intention de diminuer volontairement la masse sur laquelle, à la dissolution, la femme est appelée à faire valoir ses droits. Il aurait dans ce cas commis un acte *analogue* à celui du débiteur qui diminue volontairement et par conséquent frauduleusement le gage de ses créanciers. C'est la circonstance que vise l'article 1167 du Code civil pour prononcer la nullité de tels actes.

Cette division en catégories, qui n'a pas été faite pour les besoins de la cause, a l'intérêt de montrer que si l'article 1167 du Code civil peut s'appliquer à certains cas de fraude commis par le mari au préjudice de la femme, il n'en demeure pas moins un *cas particulier*.

Il semble, à lire les auteurs et certains arrêts de la jurisprudence, qu'on ait fait souvent l'erreur de croire à l'inverse, que l'interdiction faite au mari d'user de ses pouvoirs sans fraude, et que la nullité résultant des actes accomplis par lui en fraude des droits de sa femme, n'étaient *qu'un cas particulier* et une application d'un principe général écrit à l'article 1167 du Code civil (1).

La carence des textes du Code au sujet de la fraude, tant en matière d'administration conjugale qu'au point de vue plus général des contrats et obli-

1. En admettant la théorie classique qui donne pour sanction à l'action paulienne la nullité. Nous verrons au chapitre relatif à la sanction des actes frauduleux du mari les opinions émises à ce sujet.

gations a pu être la cause d'une erreur qui a pris pour le principe lui-même son seul cas d'application (1) qui soit sanctionné dans le Code civil, par un texte précis.

Cet indice, tout au moins, peut-il nous faire admettre que le Code civil, faute d'en avoir fait l'objet d'une disposition générale, à entendu annuler l'acte frauduleux partout où il se rencontre ? Il semble qu'on puisse croire le contraire car, étant donné qu'il n'y a pas de nullité sans texte, la disposition de la loi prouverait une intention restrictive. Ce ne serait pas à dire cependant que tous les actes frauduleux du mari resteraient dénués de sanction.

On pourrait toujours admettre que dans les cas où l'acte frauduleux du mari est accompli dans les conditions prévues par l'article 1167 pour la fraude du débiteur il serait sanctionné de la même manière.

Mais, dans les autres cas, si les conditions exigées pour l'action paulienne ne sont pas réunies, il paraît difficile, en l'absence de textes, de considérer comme nul, l'acte frauduleux en lui-même.

L'article 6 du Code civil condamne il est vrai, tout contrat dérogeant à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Or, sans doute la fraude est immorale, mais le contrat passé peut être parfaitement licite et ne contenir aucune disposition qui le fasse taxer d'immoralité.

1. Hormis l'article 271 (aujourd'hui 243) dont nous parlons ci-après.

Il reste évidemment la ressource pour la femme de demander récompense au mari. Mais ce dernier ne devra en ce cas que son enrichissement et il peut, s'il a agi non par lucre mais par haine de sa femme, ne s'être point enrichi.

En résumé, l'article 1167 du Code civil est insuffisant à lui seul pour justifier l'interdiction que nous voulons faire au mari de passer des actes en fraude de sa femme et en tout cas trop étroit pour assurer la sanction de tous les actes frauduleux (1).

En dehors de l'article 1167 du Code civil, il ne reste qu'un seul texte dans lequel le législateur ait envisagé la notion de fraude : c'est l'article 271 du Code civil, devenu dans la nouvelle rédaction (loi du 18 avril 1886), l'article 243, sans avoir subi d'ailleurs de modification dans son contexte.

Cette disposition qui vise la situation d'époux en instance de divorce déclare nuls les actes accomplis par le mari en fraude des droits de sa femme, postérieurement à la date de l'ordonnance du Président citant les époux en conciliation.

Ce texte nous intéresse directement puisqu'il édicte formellement dans le cas particulier du divorce la prohibition à laquelle nous accordons un caractère plus général.

Mais rien dans les travaux préparatoires, ni sous les articles 1421 et 1422 du Code civil, ni sous l'article 271 que nous envisageons, ne permet d'établir

1. V. II^e Partie, chap. IV. Sanction des actes frauduleux.

que ce dernier fait l'application dans une hypothèse spéciale de l'interdiction faite au mari d'agir sans fraude.

On a même plaidé (1) que le caractère particulier et exceptionnel de cet article du Code civil était une preuve de l'inexistence d'un principe plus général, et que la loi, en permettant à la femme d'attaquer, en les arguant de fraude les actes faits par le mari postérieurement à la date de l'ordonnance prescrite par l'article 238 du Code civil (2), avait entendu considérer comme intangibles ceux qui avaient été passés antérieurement à cette ordonnance. Mais la jurisprudence a repoussé avec raison cette argumentation qui amènerait à ce résultat inadmissible qu'un mari pourrait faire, à l'égard des droits de sa femme, les actes de fraude les plus coupables, que des tiers pourraient s'y associer de la manière la plus éhontée et que quand la femme à la dissolution de la communauté prouverait avec évidence la fraude dont elle aurait été victime, les magistrats seraient désarmés parce que les coupables auraient été assez prompts à parachever leur fraude *avant l'ordonnance du président* (3).

Ce résultat serait évidemment contraire à la justice et à la morale.

On peut ajouter un argument d'ordre rationnel :

En admettant que la situation envisagée par

1. Colmar, 25 février 1857. D. 57.2.88.

2. Aujourd'hui art. 235 du Code civil.

3. Sens des considérants de l'arrêt de Colmar précité.

l'article 271 du Code civil soit d'une nature très particulière et qu'elle ait motivé de la part du législateur plus de sollicitude à l'égard de la femme, dont les intérêts courent de plus grands risques par suite de cet état de guerre déclarée entre les époux, l'ordonnance du Président ne peut avoir pour effet de restreindre les pouvoirs d'administration du mari. Or c'est bien ce qui arriverait si le mari était antérieurement à cette ordonnance, considéré comme seigneur et maître absolu. L'ordonnance du Président s'entend au contraire parfaitement comme étant le point de départ d'une période où seront facilités pour la femme la preuve et l'exercice d'une action *qu'elle possède déjà*.

Enfin il faut remarquer que chronologiquement le législateur a dû régler cette situation toute spéciale de la femme à propos du divorce bien avant d'avoir pris une disposition plus générale concernant la fraude. L'article 271 a été décrété le 11 mars 1803 alors que l'article 1167 qui dispose pour la matière générale des contrats et obligations, et qui est considéré, à tort ou à raison, comme le droit commun en la matière, n'est arrivé que le 7 février 1804.

Par conséquent bien loin d'exclure l'idée que tout acte frauduleux du mari doive être condamné même en dehors du cas spécialement visé par lui, l'article 271 apparaît bien comme l'application, particulièrement stricte en l'occurrence d'un principe plus général.

Est-ce à dire maintenant que l'article 271 doive

être considéré comme une application de l'article 1167? Non à notre avis : nous aurons à le préciser en nous occupant plus loin : 1° du sens et de la portée de l'article 243 (ancien art. 271); 2° de la sanction des actes frauduleux. Mais disons dès maintenant que nous considérons chacun de ces articles comme une application d'un même principe général que tout acte frauduleux est interdit, principe que notre Code civil a omis de formuler et dont la sanction, en l'absence des textes, reste une question à résoudre.

En résumé, à nous en tenir aux textes du Code civil, nous trouvons des éléments susceptibles d'étayer notre thèse mais il faut convenir qu'ils sont relativement faibles.

SECTION II

La tradition

La tradition vient heureusement nous fournir de meilleurs arguments ; c'est là qu'il faut rechercher la trace de cette idée que nous avons dit être de l'essence même de la communauté, à savoir : le mari n'est irresponsable que s'il agit sans fraude.

Ce contrepoids à la puissance maritale est si vrai que nous le voyons formulé dans les textes les plus anciens et la préoccupation que le mari ne fraude point sa femme suffit à expliquer tout ce que les textes anciens nous ont révélé de la communauté

primitive. Notre explication, loin d'être contredite à ce sujet, soit par la théorie des origines chrétiennes, soit par celle des origines germaniques ou franques, corrobore au contraire les conclusions sur lesquelles ces théories trouvent à s'accorder.

La communauté chrétienne du x^e au xiv^e siècle est présentée comme un régime de *Société idéale* constitué suivant le vœu de l'Eglise et les préceptes de saint Paul, dans laquelle le mari n'exerce que des pouvoirs mesurés et agit de concert avec sa femme pour les aliénations d'immeubles ou les donations aux Eglises.

La communauté germanique confirme suivant les formules de Marculf ou les récits de Grégoire de Tours, même modération des pouvoirs du mari, mêmes habitudes de concours des époux aux actes importants.

La communauté franque de la *gesammte hand* a pour exercice une administration maritale, ne s'exerçant que dans l'intérêt même de la *gesammte hand* et réunissant toutes les fois que cela est possible le concours des époux à l'acte.

Or, l'économie de cette communauté du xiii^e siècle est très sage et elle est merveilleusement armée contre la fraude du mari ; s'agit-il d'aliénations d'immeubles, seules choses d'importance à cette époque, le concours de la femme est habituel, ce qui est encore la meilleure manière d'écarter tout soupçon d'une fraude possible du mari. S'agit-il de meubles, *res vilis*, le mari en est maître sans doute, mais il a

l'obligation morale, ce qui dans la société chrétienne de cette époque pouvait avoir une certaine valeur, de fournir à la femme ce qui lui était nécessaire pour « la suffisance » suivant l'expression de Beaumanoir.

Cette *obligation morale pour le mari de ne pas léser la femme* transparait dans certains textes du moyen âge en une véritable obligation de droit. Témoin ce texte des assises de Jérusalem cité par M. Viollet (1) dont le sens général est que si un mari commence à jouer, boire, manger, détruire ce qu'il a, et à s'appauvrir la femme peut demander que son douaire soit remis aux mains de « proudes hommes ». Si le mari s'est tellement appauvri qu'il ne peut plus rendre l'intégralité des biens, il doit payer « tant com il a », et doit *s'engager par serment* (jurer sur sains) à consacrer les produits de son travail jusqu'à complet paiement de sa dette envers sa femme.

Si on admet qu'une promesse par serment à cette époque était un lien très fort, on souhaiterait voir de nos jours les maris fraudeurs et dissipateurs aussi sérieusement menacés.

Enfin, l'obligation morale de n'user de ses pleins pouvoirs sur les meubles qu'avec modération, s'est traduite en règle de droit dans les anciennes coutumes. Dans la très ancienne Coutume de Bretagne

1. Viollet, *Hist. du droit*. p. 760. Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois, ch. CLXXI-CLXXII, édition Beugnot, t. II, p. 116 et suiv.

de 1450, on lit sous le chapitre LXXXII : « Les meubles sont par coutume au mari attribuez et en peut faire sa volonté, faisant providence advenante à sa femme durant le mariage entre eux, jusques à à tant que le mary soit trouvé mal usant des choses (1). »

Et quand plus tard, sous les influences que nous avons signalées, les pouvoirs du mari furent devenus si forts que le rôle d'associée légale ne fut plus perceptible pour la femme qu'à la dissolution de la communauté, les jurisconsultes, comme les coutumes n'effacèrent pas cependant cette limite naturelle aux pouvoirs du mari.

Après le x^ve siècle, dans les coutumes qui accordent au mari les pouvoirs de maître absolu sur la communauté, elle reste, pourrait-on dire, comme la seule trace de la survivance pendant la durée de la communauté des droits de la femme, ce qui tendrait à prouver qu'à aucun moment les jurisconsultes n'ont admis qu'ils fussent entièrement annihilés.

Ainsi la Coutume de Bretagne de 1580 sous l'article 424 reproduit presque textuellement la règle que nous avons trouvée écrite dans celle de 1450.

Dumoulin, dans ses notes sur les coutumes de France (2), rapporte l'article 107 de la première Coutume de Paris aussi conçu :

1. *Très ancienne coutume de Bretagne*, ch. LXXXII dans Bourdot et Richebourg, t. IV, p. 220.

2. Dumoulin, *Notes sur les coutumes de France* (Paris 1715), p. 41.

« Le mari, comme maître de la communauté peut disposer des biens de la communauté, les vendre, aliéner et hypothéquer sans le consentement de sa femme à personne capable et *sans fraude*. » « C'est-à-dire, ajoute Dumoulin, sans s'enrichir ou ses hoirs. »

Nous reviendrons sur cette dernière observation mais il faut noter le caractère absolu et général de la défense faite au mari d'agir en fraude de sa femme. Cette défense, insérée dans le texte même de l'article qui donne au mari l'étendue de ses pouvoirs, marque bien qu'elle en est la contre-partie nécessaire. Ce texte qui donne toute sa valeur à notre thèse est le plus ancien de ceux que nous connaissons où le principe de la fraude soit ainsi dégagé.

Mais ce n'est pas la seule coutume : Dumoulin dans le même ouvrage note l'article 17 de la Coutume de Saint-Quentin (1) où il est écrit de la même manière que le mari « maistre et seigneur des biens de la communauté en peut disposer totalement à sa volonté « par acte entre vifs et *sans fraude* ».

Là encore, l'expression *sans fraude* arrive comme contrepoids immédiat pour corriger ce que les mots « maistre et seigneur » peuvent avoir d'excessif.

Guy Coquille précise même (2) que les pouvoirs absolus du mari lui sont attribués seulement à condition d'en user honnêtement mais non pour frauder sa femme. Si le mari disposait, dit-il, de façon

1. Dumoulin, *Notes sur les coutumes de France*, p. 44.

2. Guy Coquille, *op. cit.*, n° 96.

« qui semblerait être en fraude de la femme, la disposition ne vaudrait. Car la seigneurie lui est attribuée *quatenus bona fides patitur, non etiam ut fraudibus via aperiatur.* »

Enfin, dans sa rédaction de 1580 la Coutume de Paris décide article 225 :

« Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme. En telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer et en faire et disposer par donation ou autre disposition entre vif à son plaisir et volonté sans le consentement de sa dite femme à personne capable et *sans fraude.* »

Cet article mérite d'être cité en entier car il nous semble qu'on ait une tendance à l'interpréter de manière incomplète et restrictive.

En effet, suivant l'opinion courante l'article 225 de la Coutume de Paris montrerait que l'ancien droit accordait au mari des pouvoirs absolus jusqu'à lui permettre de faire des donations *pourvu toutefois que ces dernières fussent consenties sans fraude* (1).

Ainsi entendu et en présence d'un texte incomplet on serait donc tenté de croire que cette restriction pour le mari d'agir sans fraude, à laquelle nous accordons tant d'intérêt, était limitée dans l'ancien droit aux seules donations et qu'elle n'affectait nullement les autres actes consentis par le mari à titre onéreux.

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, 658.

A notre avis cette restriction s'étend à tous les actes du mari quels qu'ils soient :

Nous appuyons notre opinion :

1° Sur le texte lui-même de l'article 225 dont la rédaction n'indique nullement que la restriction *in fine* affecte seulement les donations ; elle s'étend, au contraire, à toute la phrase qui énumère les actes que le mari peut faire ;

2° Sur l'opinion de Guy Coquille (1) qui ne distingue pas entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux quand il s'agit d'en interdire au mari l'exercice en fraude de la femme ;

3° Sur la comparaison entre l'article 225 de la nouvelle Coutume de Paris et l'article 107 de l'ancienne coutume. Dans la rédaction de 1510, nous l'avons noté, l'interdiction est générale. Or, il n'apparaît pas que la rédaction de 1580 ait eu pour but de réduire cette interdiction aux seules donations. Ce n'est pas en cela que cette rédaction est nouvelle. Elle l'est cependant et il convient de noter en quoi :

Elle insiste sur cette idée que le mari est tellement seigneur de la communauté, *qu'il peut faire des donations*. Cette idée était incluse sans doute dans la rédaction de la première coutume, mais elle n'était pas précisée : le mari, y était-il dit d'une manière générale, peut *aliéner*, ce qui suffisait à la rigueur pour admettre qu'il pouvait disposer à titre gratuit puisque l'article spécifiait, d'autre part, qu'il pouvait vendre et hypothéquer.

1. Guy Coquille, *op. cit.*, n° 96 et 99.

Cette rédaction primitive n'a pas paru sans doute assez claire au rédacteur de 1580 ; celui-ci a éprouvé d'autant plus le désir de préciser que le pouvoir du mari s'étendait aux actes à titre gratuit, que cette manière de voir était loin d'être universellement admise. Nous avons déjà noté, en effet, qu'un certain nombre de coutumes n'admettait pas que le mari ait le droit de faire des donations (1) et dans le ressort même de la Coutume de Paris les contestations à ce sujet avaient été si nombreuses et la jurisprudence si incertaine, que l'opinion accordant au mari le droit de disposer à titre gratuit paraît n'avoir triomphé définitivement que dans un arrêt du 14 août 1571 (2).

Il n'y a rien d'étonnant, dans ces conditions, que le rédacteur de 1580 ait insisté sur cette prérogative extrême accordée au mari. Pour cela, il a intercalé dans le texte de 1510, après le mot *hypothéquer* la phrase : « et en faire et disposer par donation ou autre disposition entre vifs à son plaisir et volonté », après quoi l'ancienne rédaction reprend : « sans le consentement de sa femme à personne capable et sans fraude ».

La précision du rédacteur a une autre raison encore : il ne s'agit pas tant pour lui d'opposer les actes à titre gratuit aux actes à titre onéreux que de distinguer les donations entre vifs que le mari peut faire librement, d'avec les donations pour cause

1. Coutumes d'Anjou, du Maine, de Lodunois, etc.

2. Louet, lettre D, n° 68.

de mort qu'il ne peut faire qu'à concurrence de sa part dans la communauté.

D'où l'explication de ces deux mots qui pourraient paraître un pléonasme : donation ou autre *disposition entre vifs*.

C'est si vrai, que d'autres coutumes qui, comme celle de Paris, admettaient la faculté pour le mari de donner, font nettement la distinction : dans la Coutume de Saint Quentin que nous avons citée plus haut (1), rapportée par Dumoulin, on lit : « un mary est tellement maistre et seigneur des biens et effets de la communauté qu'il en peut disposer totalement à sa volonté *par acte entre vifs* et sans fraude ; *mais non par testament et ordonnance de dernière volonté* ».

La comparaison que nous avons faite des deux textes de la Coutume de Paris et l'explication que nous donnons de la nouvelle rédaction permettent seules enfin de comprendre la présence dans l'article 225 de la nouvelle coutume du mot *aliéner* qui constitue cette fois un réel et étrange pléonasme. Terme général dans l'ancienne rédaction où il s'appliquait, sans précision, à tous les actes d'aliénation autres que la vente et l'hypothèque, il a été transposé dans la nouvelle sans qu'on ait pris garde qu'en ajoutant la phrase relative aux donations et autres actes entre vifs il y avait double emploi.

Concluons donc de ces textes, que l'interdiction faite au mari d'agir en fraude des droits de sa femme

1. P. 127, note 1.

était d'ordre général dans l'ancien droit et s'étendait à tous les actes, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

Cependant on pourrait nous objecter que cette restriction n'apparaît que dans les coutumes qui ont admis pour le mari le droit de donner ; que d'autre part, chez les jurisconsultes qui, comme Pothier et Lebrun, ont consacré aux actes frauduleux de longs développements, tous les cas de fraude cités par eux ne se rapportent qu'à des donations.

Mais il n'y a rien que de naturel dans ce fait que les coutumes, qui avaient pris la précaution de restreindre les pouvoirs du mari à une administration extrêmement limitée, n'eussent pas éprouvé le besoin de sanctionner des fraudes qu'elles avaient rendu pratiquement impossibles. Au contraire, les coutumes qui avaient démesurément augmenté les pouvoirs du mari, au point de lui reconnaître la faculté de donner et qui avaient ainsi ouverte toute grande la porte des fraudes possibles, se devaient à elles-mêmes, pour rétablir un équilibre qu'elles avaient risqué de compromettre, d'opposer à ces pouvoirs immenses le contrepoids nécessaire.

Si, en effet, la fraude est toujours en principe *possible* avec n'importe quel acte, elle ne commence, en pratique, à être à la fois très facile et très grave qu'avec la faculté de donner. Dans la vente la plus mauvaise il y a toujours un prix : au lieu que, comme disait Ferrière, donner c'est perdre. Il est vrai qu'à

notre époque, et dans notre jurisprudence la plus récente, nous relèverons des cas de fraude au moyen d'actes à titre onéreux consentis par le mari. Mais ce sont des fraudes d'une nature plus complexe dont le caractère frauduleux lui-même a pu échapper à l'ancien droit, à la fois plus simpliste, plus respectueux des pouvoirs maritaux et moins chatouilleux par conséquent de ce qui, à nos yeux, blesse l'équité ou porte atteinte aux droits de la femme.

Ainsi doit s'expliquer ce fait que Pothier et Lebrun s'attachent exclusivement dans leurs développements aux donations frauduleuses et peut-être même ne concevaient-ils pas dans leur esprit que *pratiquement* le mari put accomplir en fraude de sa femme quelque acte qui ne fût une donation. Mais tout ceci n'enlève rien au principe d'agir sans fraude qui était considéré dans l'ancien droit comme général par Pothier et Lebrun eux-mêmes et auxquels ils donnaient toute la valeur d'une condition *sine qua non* aux pouvoirs maritaux.

Cette interprétation résulte, à l'évidence, de la manière dont débute Lebrun (1) à propos du droit du mari :

« Le droit du mari sur les meubles et conquêts de la communauté est un droit absolu, car il les peut *vendre* ou laisser *prescrire* ou en *faire des libéralités* pourvu que ce soit *sans fraude* suivant l'art. 225 de la Coutume de Paris. »

1. Lebrun, *op. cit.*, ch. II, sect. I, 1.

Quant à Pothier il met avec plus de luxe encore ce principe en relief. Il renferme, dit-il, le droit du mari sur les biens de la communauté dans *deux axiomes*. Deux axiomes qui ont l'air des deux plateaux d'une balance :

Premier axiome : le mari comme chef de la communauté est réputé seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure et il en peut *disposer à son gré*, sans le consentement de sa femme ;

Deuxième axiome : ces *dispositions* néanmoins ne sont valables qu'autant qu'elles ne paraissent *pas faites en fraude* de la part que la femme et les héritiers de la femme ont droit d'y avoir lors de la dissolution de la communauté : il ne peut surtout s'en avantager ni ses héritiers au préjudice de cette part. »

C'est en développant ensuite ce deuxième axiome que Pothier expose la manière dont il entend la fraude en se limitant aux donations frauduleuses : nous le retrouverons en nous occupant des actes à titre gratuit.

Remarquons maintenant que c'est en cet état du droit qu'il faut nous placer pour envisager l'œuvre du législateur du Code civil. Nous avons vu dans quel esprit il avait envisagé de fixer les pouvoirs du mari, et comment il avait cru les restreindre en limitant le droit du mari de disposer à titre gratuit, aux meubles. Mais que devient dans tout ceci le grand principe de ne point agir sans fraude ?

Les travaux préparatoires ne nous donnent à ce

sujet aucune lumière, mais ils ne sont pas indispensables pour se rendre compte de ce qui a dû se passer. Les textes suffisent.

En présence des diverses coutumes, — inspirés, d'une part, comme le dit M. Bugnet (1) par l'*esprit* de celles qui, à l'encontre de la Coutume de Paris, ne voyaient dans le mari qu'un *administrateur*, — les rédacteurs du Code affirment d'abord le principe : « Le mari *administre* seul les biens de la communauté. »

Mais prenant d'autre part, c'est l'évidence même, pour *base de leur rédaction* l'article 225 de la Coutume de Paris ils le scindent, et transcrivent à la suite, les dispositions coutumières relatives aux actes à titre onéreux : « Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme ». Ils ont transcrit fidèlement, sans oublier même le pléonasme du mot *aliéner*, qu'ils ne se sont certainement pas expliqué et ceci a constitué l'article 1421.

Le reste de l'article 225 de la Coutume de Paris, relatif aux actes à titre gratuit, allait devenir l'article 1422. Mais allait-on permettre au mari de donner les immeubles ? Sur ce point, nous l'avons vu, les travaux préparatoires (2) nous montrent l'intention des rédacteurs de réagir contre la Coutume de Paris et d'innover : le mari ne pourra disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles. Et

1. Note sur Pothier, *op. cit.*, 472.

2. Rapport de Duveyrier au Tribunat. Fenet, *op. cit.*, XIII, p. 720.

quant au reste, devait-on laisser subsister la disposition finale « à personne capable et sans fraude ? » Il est naturel que les rédacteurs du Code aient cherché à préciser cette dernière formule. Or, comment l'entendait Pothier ? Et comment Lebrun ? Et devant une matière qui, nous le verrons au chapitre suivant, d'après les travaux même de ces jurisconsultes, avait donné lieu à tant de difficultés et laissait encore place à l'interprétation ne valait-il pas mieux spécifier, pour couper court à toute nouvelle discussion ce qui dans les décisions des tribunaux et dans l'esprit des jurisconsultes devait être considéré comme fraude aux droits de la femme ? Ainsi fut-il fait, et au lieu de la défense d'ordre général de l'article 225 de la Coutume de Paris, nous avons un article 1422 qui interdit au mari un certain nombre d'actes qui constituaient au XVIII^e siècle les cas où l'on était d'accord pour dire qu'il y avait fraude.

Faut-il dire que, de ce fait, les rédacteurs du Code aient entendu supprimer cette défense d'ordre général ? bien au contraire, puisqu'ils ont voulu élever au rang de présomption légale de fraude un certain nombre d'actes sur le compte desquels on aurait plaidé autrefois. Le principe demeure : il demeure avec son caractère le plus général et reste le droit commun, mais par un procédé fâcheux de rédaction il a disparu du texte.

DEUXIÈME PARTIE.

LE PROBLÈME DANS SES APPLICATIONS PRATIQUES. — SOLUTIONS DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE

CHAPITRE PREMIER

LA FRAUDE DU MARI DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

SECTION I

Conception des anciens auteurs

Nous avons vu le rôle considérable que joue la tradition dans notre sujet. C'est l'ancien droit qui peut seul nous faire bien comprendre le sens et la portée des dispositions du Code civil. C'est lui encore qui devra nous inspirer pour résoudre les problèmes que le Code civil n'a pas envisagés.

Or, en ce qui concerne les donations frauduleuses, si l'on était bien d'accord dans l'ancien droit pour dire qu'elles n'étaient pas valables, il y avait beaucoup plus d'incertitude par contre pour déterminer quelles étaient au juste ces donations frauduleuses.

Tout d'abord, les jurisconsultes n'envisageaient pas de la même manière la question de savoir en quoi consistait la fraude aux droits de la femme.

Pothier et Lebrun nous paraissent avoir eu à ce sujet des conceptions différentes :

Sans doute pourrait-on s'y tromper à une première lecture, car un certain nombre de donations sont également citées comme étant frauduleuses par l'un comme par l'autre : donations aux héritiers présumptifs, donations excessives, donations la veille du décès du donateur ou pendant la maladie grave de la femme, ce qui semble marquer un accord apparent entre ces deux auteurs. En réalité, ils diffèrent profondément, du fait qu'ils se servent d'un critérium tout différent pour juger la fraude.

Théorie de Pothier. — Pothier a une manière de voir la fraude que nous pourrions qualifier de subjective. C'est l'intention frauduleuse qui semble à ses yeux devoir déterminer les cas de fraude.

Sa théorie prend son point de départ dans le jugement de Dumoulin qui estimait qu'il y avait fraude quand le mari avait cherché à s'enrichir.

« Le principal cas de fraude, écrit Pothier (1), est lorsque la disposition des biens de communauté tend à en avantager le mari ou ses hoirs au préjudice de la part que la femme ou ses héritiers doivent avoir un jour dans les biens de la communauté lors de sa dissolution. C'est l'interprétation que Dumoulin

1. Pothier, *Communauté*, loc. cit., n° 481.

donne à ces termes de l'article 107 de l'ancienne coutume de Paris : « à personne capable et sans fraude », c'est, dit-il, « sans s'enrichir ou ses hoirs en diminution de la communauté ».

Aussi, Pothier conclut que le mari ne pourrait sans fraude « s'avantager des biens de la communauté en tirant de la communauté des sommes pour des affaires particulières ». Il ajoute qu'il lui est interdit non seulement de tirer cet avantage « directement », mais même « indirectement », c'est-à-dire en faisant par exemple une donation à son père ou à quelque parent successible. Et il faut entendre de la même manière la défense qu'il fait au mari d'enrichir ses *hoirs*, c'est-à-dire enfants d'un précédent mariage ou petits-enfants ou « enfants de sa famille *en degré de lui succéder* ».

Par contre il n'y a, toujours d'après Pothier, que les donations que le mari fait à ses *héritiers présumptifs* qui soient censées faites en fraude de la part de la femme (1). Une donation faite à un parent collatéral si proche soit-il, d'un oncle à une nièce par exemple pourvu que celle-ci ne soit pas héritière présomptive ne peut être réputée faite en fraude. Elle est valable parce qu'évidemment dans l'idée de Pothier le mari ne peut plus dans ce cas *avoir l'intention* de s'avantager directement ou indirectement.

Il s'en explique d'ailleurs : « La raison pour laquelle un mari ne peut avantager ses héritiers au

1. Pothier, *Communauté*, loc. cit., n° 483.

dépens de la communauté, c'est qu'*en avantageant ses héritiers c'est en quelque façon s'en avantager soi-même* puisque nous regardons ceux qui doivent nous succéder comme devant être la continuation de nous-mêmes et que c'est pour eux que nous travaillons (1). »

Théorie de Lebrun. — Lebrun part d'un point de vue différent qui, au contraire de celui de Pothier, apparaît tout objectif. La fraude semble découler pour lui de l'acte lui-même : telle sorte de donation sera affectée d'une présomption indiscutable de fraude, arrière de toute intention du mari de s'enrichir. Ainsi déclare-t-il : « on *présume* la fraude par *l'excès de la donation* ». Il cite à l'appui de son opinion la Coutume de Poitou qui, tout en accordant au mari des droits absolus sur les meubles et conquêts, lui interdisait les donations universelles. Il est évident qu'une telle fraude est ici exclusive de toute intention du mari de s'enrichir et Lebrun ajoute : « ainsi ce que fait la proximité de la qualité d'héritier présomptif à l'égard des parents, la profusion l'opère à l'égard des donations faites aux étrangers, et on trouve qu'il y a de la fraude ou de l'emportement de donner ainsi tous les effets d'une communauté par une donation entre vifs (2) ».

Autre présomption de fraude :

« Quelquefois aussi, dit Lebrun, on *juge* les donations et d'autres actes frauduleux *à raison du temps auquel ils ont été faits* : comme si le mari a donné

1. *Id.*, *ibid.*, n° 487.

2. Lebrun, *Communauté*, II, sect. I, 32.

ou a vendu la veille de sa mort ; de même s'il a donné des conquêts la veille du décès de sa femme (1).

Autre présomption : donation à une concubine ou à des enfants adultérins (2).

Autre présomption encore : réserve d'usufruit au profit du mari seul :

«...Si la donation, dit Lebrun, contient une réserve d'usufruit au profit du mari, comme il ne peut pas réserver l'usufruit des conquêts au préjudice du droit de communauté appartenant à sa femme elle est frauduleuse et doit finir avec la communauté. De même et à plus forte raison, si le mari ayant donné purement et simplement à un étranger, il est néanmoins resté en possession du conquêt qu'il a donné, car ce défaut de tradition de fait est fort important en ces rencontres. » Il est certain qu'on voit bien ici que la manœuvre du mari aboutit à frustrer la femme et la femme seule, puisque tout en donnant un bien, le mari s'arrange à ne voir la tradition s'opérer, c'est-à-dire la perte pour la communauté se consommer, qu'après son décès. Le caractère frauduleux sera encore ici tout objectif, puisque *quelle que soit l'intention du mari* toute donation affectée d'une telle clause doit aux yeux de Lebrun être considérée comme frauduleuse.

1. *Id., ibid.*, 33. Lebrun note ici à l'appui de sa thèse La Thaumassière en ses décisions, liv. I, ch. XIII. A noter l'expression : « les donations *et d'autres actes* » montrant une fois de plus que la prohibition d'agir sans fraude a bien un caractère général.

2. *Id., ibid.*, 35.

Pothier n'admet point cette conclusion de Lebrun. Il fait remarquer que le mari aurait pu donner ce conquêt purement et simplement et sans aucune réserve d'usufruit, sans que sa femme ni les héritiers de celle-ci eussent pu s'en plaindre. « Pourquoi s'en plaindraient-ils, dit Pothier (1) lorsque la donation est faite sous la réserve de cet usufruit ? *On ne peut pas dire qu'il s'avantage par cette réserve..* » Et Pothier fait remarquer que l'usufruit réservé profitera non au mari seul, mais à la communauté tant qu'elle durera. Et même si cette dernière est dissoute par la mort de la femme, l'usufruit, en tant qu'effet de la communauté, devra se partager entre le mari et la femme jusqu'au décès du mari.

Cette interprétation de Pothier n'est pas exacte. C'est la solution de Lebrun qui doit l'emporter. Le mari, en donnant le bien, l'a fait sortir de la communauté : Il n'y a pas ici comme en cas de vente une contre-valeur qui prend la place du bien commun. La rente ou l'usufruit qu'il se ménage est un avantage purement personnel, d'où le caractère frauduleux que lui prête Lebrun.

Ainsi apparaît bien la différence des points de vue auxquels se placent dans leurs théories respectives Pothier et Lebrun. Les conclusions, dans l'un ou l'autre cas, peuvent en être très différentes et nous aurons à revenir quelquefois à ces sources. Mais auparavant elles doivent nous servir à interpréter les dispositions de notre Code civil.

1. Pothier, Communauté, *loc cit.*, n° 480.

SECTION II

Les présomptions légales du Code civil

Arrivés à l'article 1422, les auteurs du Code civil nous l'avons vu, ayant pris pour base de leur rédacteur l'article 225 de la Coutume de Paris, s'étaient trouvés en présence des interprétations complexes et opposées que nous venons de résumer.

Il eût peut-être été plus juridique de laisser écrite purement et simplement la limitation aux pouvoirs du mari de l'article 225 en concevant que la fraude est avant tout un élément intentionnel suivant la doctrine de Pothier et qu'il appartenait aux tribunaux de déterminer dans chaque espèce s'il y avait ou non un acte frauduleux.

Mais cette conception laissait un vaste arbitraire et il parut plus sage aux rédacteurs du Code civil d'adopter le point de vue objectif de Lebrun et de spécifier par une sorte de présomption légale, irréfragable, quelles donations sont par la loi supposées faites en fraude des droits de la femme.

Par suite, les exemples eux-mêmes cités par Lebrun sont élevés au rang d'actes frauduleux interdits par la loi : 1^o quand il y a excès de la donation ; 2^o quand elle est faite avec réserve d'usufruit.

Excès dans la donation. — Comme Lebrun, le code présume la fraude par l'excès de la donation. Le mari ne peut sans fraude donner un immeuble.

Même en ce qui concerne les meubles, il estime, comme Lebrun, qu'il y a fraude à donner tous les effets d'une communauté et à l'instar de la Coutume de Poitou cité par cet auteur et qui défend les donations *universelles* de meubles, l'article 1422 interdit au mari de disposer de *l'universalité ou d'une quotité* du mobilier de la communauté, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

Combien à la lumière qu'apporte la tradition s'éclairent ces dispositions du Code civil dont les expressions ont fait l'objet de tant de discussions et de critiques.

Que signifie, a-t-on dit, « universalité ou quotité du mobilier commun » ? D'après l'article 948 du Code civil, les donations de meubles ne sont valables que s'il est annexé à la donation un état descriptif et estimatif : donc, concluent certains auteurs, il n'y a pas de donations de meubles à titre universel possible (1).

Il faut reconnaître que les termes du Code civil ne sont pas heureux. Le Code évidemment s'est référé au langage courant et il a établi sa présomption légale dans l'hypothèse que Lebrun lui mettait sous les yeux, c'est-à-dire qu'il a considéré comme excessive en soi une donation de meubles en totalité ou presque totalité.

Mais est-il vrai de dire qu'il n'y a pas d'application pratique possible de donations de meubles

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, 661.

interdites par les termes du Code. On a eule tort, à notre avis, de vouloir interpréter ces derniers *stricto sensu* et de leur chercher une justification.

D'après MM. Baudry-Lacantinerie (1), la seule application exacte de l'article 1422, ayant pour objet des universalités de meubles ou une quote-part de ces universalités, serait l'institution contractuelle (art. 1082, C. civ.). L'article 1422 du Code civil ne défendrait, en somme, d'après l'opinion de ces auteurs que l'institution contractuelle, faite à d'autres que des enfants communs.

MM. Aubry et Rau (2) font au contraire rentrer ces donations à titre universel dans le cadre de l'article 1423.

Mais M. Wahl (3) prétend à son tour qu'il s'agit bien de donations et non de legs et qu'il n'est pas exact de dire qu'aux termes de l'article 1422 du Code civil il n'y ait pas vraiment de donations mobilières interdites au mari: « celles, dit-il, qui lui sont interdites sont précisément les donations de biens à venir ou de biens présents et à venir portant soit sur l'universalité, soit sur une quotité des biens communs. *Ce sont là des donations et non des legs* ».

La jurisprudence reconnaît à ces actes le caractère de donation (4) et les auteurs estiment généra-

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I. 661,

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, p. 330.

3. Note sous Agen, 11 février 1896. S. 99. 2.73.

4. Cass., 21 juin 1892. S. 94. 1.449. Note de M. Bufnoir. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre donations de biens présents et donations de biens à venir, car si ces derniers n'em-

lement que ces donations tombent sous le coup de l'article 1422 et ne sont point assimilés aux legs soumis à l'article 1423 (1).

Ainsi avec cette théorie se trouverait justifié l'article 1422 du Code civil. Mais d'autres auteurs mettent en doute cependant que les rédacteurs du Code aient pensé à ce cas si exceptionnel d'institution contractuelle ou donation de biens à venir et estiment plus sagement « qu'ils ont voulu lui interdire les donations qui, en fait, porteraient sur l'ensemble ou sur une portion considérable du mobilier commun » (2).

Nous avons pu nous rendre compte en étudiant la tradition que cette opinion est exacte.

La jurisprudence. — Mais la difficulté d'interprétation du texte du Code civil, l'impossibilité même où l'on se trouve dans la dernière opinion que nous venons de rapporter de fixer une limite à ce que l'on peut appeler une portion considérable du mobilier commun devait donner naissance à une interprétation jurisprudentielle très large.

Trouvant là un terrain favorable pour étendre la notion de fraude au profit des droits de la femme

portent pas dessaisissement immédiat et complet de la chose donnée, puisque le donateur reste libre d'en disposer à titre onéreux, elles le dépouillent cependant du droit d'en disposer à titre gratuit au préjudice du donataire, « circonstance qui leur imprime, dit la Cour, le caractère de donation entre vifs et ne permet pas de les confondre avec les dispositions testamentaires ».

1. Dans ce sens Laurent, *Principe du droit civil*, t. 22, no 111. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 661. — Guillouard, *op. cit.*, t. 2, n° 701. — Wahl, note sous Agen précitée, 2. Planiol, *Traité de Dr. civ.*, III, n° 1024.

et au détriment des pouvoirs du mari, interprétant largement l'article 1422, les tribunaux se reconnurent le pouvoir d'annuler, comme frauduleuses, toutes les donations à titre particulier qui leur parurent excessives (1).

Le caractère excessif d'une donation est évidemment une question de fait : prenons un exemple : celui de l'espèce d'Agen rapportée ci-dessous et qui a fait date dans la jurisprudence :

Un sieur Grenier avait, à plusieurs reprises, emprunté à un sieur Méral, marié sous le régime de communauté, diverses sommes dont le total atteignait 4.500 francs et en avait souscrit des reconnaissances entre les mains de Méral. Voilà donc une reconnaissance tombée en communauté. Mais Méral fait à son débiteur remise de sa dette : donc une disposition à titre gratuit et ceci, arrière de la femme.

Méral meurt. Sa veuve conteste la régularité de l'opération. Celle-ci, il est vrai, ne s'analysait qu'en une disposition à *titre particulier* donc en principe permise au mari, mais d'après les documents versés aux débats cette somme de 4.500 francs formait une partie très importante du fond de communauté.

Le tribunal de Villeneuve-sur-Lot, appelé à statuer, admet par jugement du 4 janvier 1895 la pré-

1. Rouen, 25 janvier 1860. S. 61.2.204. — Toulouse, 22 juillet 1865. S. 66.2.128. — Bordeaux, 16 janvier 1878. S. 78.2.252. — Agen, 11 février 1896. S. 99.2.73. Note de M. Wahl; D. 97.2.513. Note de M. de Loynes. — Auxerre, 27 février 1901. G.P., 1901.1.646. — Dijon, 11 mai 1903. G. P., 1903.2.487.

tention de la femme, se basant sur ce fait : « ... que la loi n'accordant au mari sur les biens de la communauté qu'un simple pouvoir d'administration, un tel acte de disposition se heurte aux prescriptions de l'article 1422 du Code civil, et qu'il doit être annulé dans les termes de cet article. »

La Cour d'Agen, bien qu'elle dut réformer le jugement en se basant sur d'autres considérations qui ne nous intéressent pas pour le moment, confirme sur ce point la manière de voir du tribunal dans des termes qui valent d'être notés : « Aux termes de *l'article 1422 du Code civil interprété par la jurisprudence* les donations *même à titre particulier* du mobilier de la communauté sont interdites au mari quand elles sont *excessives*... »

L'arrêt affirme ainsi l'existence d'un véritable droit prétorien : s'il adopte en effet la manière de voir habituelle de la jurisprudence il semble implicitement reconnaître que l'interprétation de celle-ci n'est pas entièrement justifiée par le seul texte de l'article 1422 du Code civil.

Il faut remarquer qu'en se plaçant à un point de vue tout à fait objectif, la jurisprudence s'est enfermée dans un système rigoureux et difficile. Rigoureux car elle s'interdit de juger en fait *s'il y a fraude ou non*. La seule question de fait à déterminer par les tribunaux est celle de savoir *si la donation doit être considérée comme excessive* : et c'est là où le système devient difficile car jusqu'à quelle

proportion une donation est-elle excessive par rapport à la communauté ?

Pourtant une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur de la jurisprudence (1). Les principaux arguments sur lesquels on s'est appuyé pour justifier cette interprétation sont les suivants :

1° C'est la seule manière d'interpréter raisonnablement les dispositions du Code civil, relatives à « l'universalité ou à une quotité du mobilier » de la communauté ;

Il est certain qu'à défaut de l'explication de la jurisprudence on est réduit, nous l'avons vu, à des hypothèses invraisemblables donnant pour seule application à l'article 1422 l'institution contractuelle ; ou bien il faudrait dire que les dispositions de l'article 1422 ne trouvent aucune application pratique possible.

2° On invoque une raison d'équité : la communauté, dit-on, serait lésée s'il était permis au mari de donner une portion trop importante du mobilier de la communauté.

3° En autorisant le mari à disposer par donations particulières de la plupart des meubles communs on lui permettrait d'éluder les prescriptions de la loi : c'est l'argument principal de l'arrêt de Bordeaux du 16 janvier 1878, rapporté plus haut : « Attendu, dit

1. Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 887 ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 886 ; Guillouard, *op. cit.*, t. II, n° 718-719 ; Merignhac, *Traité du régime de la communauté*, t. I, n°s 1258 et suiv.

cet arrêt, que les prohibitions de la loi seraient éludées, que ses prescriptions deviendraient illusoires si on reconnaissait au mari la faculté de faire des dons en argent qui absorberaient à raison de leur importance la plus grande partie de l'actif de la communauté, ou ne pourraient être acquittés qu'en recourant à l'aliénation des immeubles. »

4^o Enfin l'ancien droit considérait les donations excessives comme étant entachées de fraude et c'est l'ESPRIT du Code civil d'interdire ces donations excessives. Ce dernier argument fait appel à la tradition même que nous avons essayé précédemment de dégager.

Tous ces arguments n'ont pas une valeur égale et cette conception de la jurisprudence est loin d'avoir été admise par tous les auteurs. Elle a été parfois vivement critiquée.

Théorie de Huc. — Une théorie complètement différente estime que toute donation particulière, quelque soit l'étendue de celle-ci, est parfaitement valable à moins qu'il ne soit *prouvé* qu'elle ait été faite en fraude de la femme. Quant à la preuve, elle doit se faire, dans cette théorie, indépendamment du caractère excessif de la donation. Donc ici l'excès de la libéralité, non seulement ne constitue pas une fraude, mais ne constitue même pas un argument, un élément de preuve à l'appui du caractère supposé frauduleux de la donation.

C'est la conception de Huc qui déclare : « Il n'est pas permis de dire aujourd'hui, comme faisait Pothier,

que l'excès de la donation fait présumer la fraude. La fraude doit être *prouvée directement et en dehors du caractère prétendument excessif de la libéralité*. Pourvu que le mari dispose à titre particulier et sans réserve d'usufruit, il peut donner le mobilier à toute personne, à des étrangers, à des enfants qu'il aurait eu d'un premier lit et à la femme elle-même. »

La théorie de Huc, très particulariste, nous semble se rattacher à une doctrine générale d'après laquelle cet auteur voit plus dans le texte de l'article 1422 une question de *capacité* du mari qu'une limitation aux pouvoirs de ce dernier, dérivant d'une idée présumée de fraude : le mari, se demande-t-il, a-t-il oui ou non le droit de faire des donations avec les biens meubles de communauté⁽¹⁾? L'article 1422 ne laisse aucun doute sur ce point. « Or, dit Huc, lorsqu'une libéralité se produit dans les conditions *de capacité et de forme* exigées par la loi, *il n'y a pas lieu de rechercher les mobiles* qui ont déterminé le disposant à faire la libéralité. Comment d'ailleurs ferait-on une semblable recherche?... »

L'erreur initiale de Huc vient de la manière dont cet auteur envisage le caractère juridique de la communauté elle-même. Nous avons admis que le mari avait pleins pouvoirs à condition de ne pas commettre de fraude. Un acte considéré comme frauduleux en lui-même, suivant la conception de Lebrun, échappe donc naturellement aux pouvoirs du mari. Mais chez

1. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX, n° 169.

les auteurs qui ont méconnu cette explication si simple (1), l'interdiction faite par l'article 1422 au mari de faire certains actes, ne peut plus être envisagé que comme une limitation de la capacité du mari, à moins d'y voir encore un principe d'inaliénabilité de certains biens. Ce dernier point de vue a été soutenu par Marcadé. Huc s'élève contre cette conception et ainsi en vient-il à préciser qu'il envisage l'article 1422 comme réglant une question de capacité : « Dans l'intérêt de la femme, dit-il, la loi a mis certaines restrictions au pouvoir de disposer à titre gratuit reconnu au mari. Les considérations qui ont motivé ces restrictions concernent uniquement les personnes et non les biens. Ces restrictions établissent donc une *règle de capacité* et non une règle d'indisponibilité... »

Sans doute il ne s'agit pas d'indisponibilité mais la vraie restriction, nous l'avons établie, c'est la fraude.

Avec le système de Huc, on arriverait en somme pratiquement à considérer comme valables toutes les donations à titre particulier, quelque excessives qu'elles soient.

Théorie des auteurs modernes. — Beaucoup d'auteurs ne vont pas si loin. Tout en critiquant le caractère trop objectif à leur gré du point de vue de la jurisprudence, ils aboutissent sensiblement aux mêmes conclusions en considérant la donation

1. Nous avons vu que Huc est partisan du système de copropriété indivise, v. p. 90, note 2.

excessive, non comme un acte *frauduleux en soi*, mais comme un *élément de preuve* du caractère frauduleux de la donation (1). Comme dans le système précédent il y a une preuve à faire, mais ici elle est grandement facilitée : en effet si l'excès de la donation a cessé d'être la présomption légale qui *dispense de preuve* aux termes de l'article 1352 du Code civil, elle reste une présomption aux termes de l'article 1353 qui, surtout en matière de fraude, peut servir à *constituer la preuve*.

Les principaux griefs que l'ensemble de ces auteurs adressent à la jurisprudence peuvent être résumés de la manière suivante :

1° En admettant que l'article 1422 ne puisse s'expliquer, en ce qui concerne les donations de meubles interdites au mari, par la donation contractuelle, il est très possible que la loi soit sur ce point sans application et ce n'est pas une raison pour vouloir remplir un cadre où on ne sait que mettre ;

2° Les arguments d'équité invoqués en faveur de la communauté n'ont aucune valeur : il est incontestable que des donations particulières considérables puissent faire courir des dangers à la communauté, mais toute la question est de savoir si la loi les autorise ou non.

D'ailleurs, une donation considérable de meubles,

1. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XXII, n°s 11, 18, 43 ; Marcadé, t. V, sous l'article 1422 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 509, texte et note 9 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, 663 ; Wahl, note sous Agen, précitée et références.

voire même de tout le mobilier, peut, suivant les cas, être moins préjudiciable à la communauté qu'une donation particulière de meuble.

Exemple : une communauté est riche en immeubles mais elle n'a qu'un actif mobilier infime. Si on donne tout ou presque tout ce mobilier, il n'y a pas grand dommage pour la communauté. Cette donation est cependant interdite au mari.

A l'inverse : une communauté n'a pas d'immeubles mais un actif mobilier très important. Une donation à titre particulier pourra faire subir à la communauté un dommage plus sérieux que dans le cas précédent. Or, cette donation est permise au mari.

3° Le système de la jurisprudence conduit à l'arbitraire, le plus complet, car il est impossible de fixer les limites, d'une donation permise ou de dire quand elle devient excessive.

« Comment, dit M. Wahl, peut-on déterminer si les meubles donnés sont une *fraction importante* du patrimoine mobilier commun ? Faudra-t-il qu'ils atteignent la moitié, le tiers ou le quart de ce patrimoine ? »

On a même fait remarquer qu'on peut arriver aussi à annuler toutes les donations particulières de meubles si faibles qu'elles soient puisqu'en définitive chacune de ces donations représente une quotité du mobilier commun.

Ces critiques, dans leur ensemble, nous paraissent fondées. Elles font raison des arguments de texte ou d'équité qui n'ont rien à voir en ces matières et elles

soulignent avec raison le point faible de cette jurisprudence : le caractère arbitraire de ses décisions concernant la limite des donations permises. On est frappé en lisant les arrêts de l'embarras où se sont trouvés les tribunaux : l'arrêt de Rouen du 25 janvier 1860 précité paraît vouloir interdire les donations mobilières excédant la moitié du patrimoine mobilier de la communauté.

D'autres décisions, au contraire, s'abstiennent prudemment de fixer toute limite entre les donations permises et les donations interdites. Un arrêt de Toulouse du 22 juillet 1865 (1) déclare : « Il ne faut pas entendre l'article 1422 en ce sens que le mari peut disposer de *valeurs considérables* respectivement à la consistance de l'actif sous l'apparence d'une disposition à titre particulier, alors qu'il lui est interdit de donner une quotité déterminée telle que la moitié, le tiers, le quart du mobilier. »

Cependant il ne faut pas exagérer les critiques : les décisions des tribunaux ne paraissent, en fait, choquer ni la raison ni l'équité (2). Dans l'exemple même d'Agen que nous avons rapporté, il était établi que la somme de 4.500 francs, bien que modeste, représentait une *partie très importante du fonds de communauté*. On ne peut pas craindre d'ailleurs que les tribunaux en arrivent à cette extrémité de

1. D. 65.2.162.

2. MM. Ambroise Colin et Capitant estiment qu'il faut appliquer l'article 1422 dans son esprit et non dans sa lettre. Aussi admettent-ils cette jurisprudence. *Droit civil*, t. III, p. 137 ; *id.* ; Planiol, *Droit civil*, t. III, p. 103.

qualifier, à tort, « excessives » des dispositions à titre particulier qu'un mari peut être appelé à faire normalement. De telles dispositions, dépassant la valeur d'un présent d'usage, sont pratiquement impossibles et par conséquent le danger d'arbitraire est mince.

Ce danger existe si peu que toutes les fois où la donation, encore qu'*importante* n'est pas vraiment *excessive* (ces mots ont-ils besoin pour être compris de chiffres et de fractions ?), la jurisprudence abandonne la présomption légale de fraude et revient au droit commun, c'est-à-dire à la preuve de la fraude par l'intention du donateur, comme l'eût voulu Pothier, et comme l'exigent nos auteurs.

Un jugement du tribunal de Langres du 19 décembre 1878 (1) le montre expressément, il décide en effet « que l'importance d'un don à titre particulier fait par le mari est sans doute pour le juge un élément d'appréciation, mais qu'elle ne suffit pas pour faire annuler une donation qui préjudicie aux droits de la femme ; qu'il faut par l'examen des faits de chaque cause, rechercher quel a été le mobile du disposant et n'annuler ces actes qu'autant qu'ils ont eu lieu en haine de la femme et dans le but de la spolier » (2).

1. Trib. de Langres, 19 déc. 1878, s. Dijon, 14 juillet 1879. S. 79.2.262.

2. On cite généralement cet arrêt comme nettement dissident de la jurisprudence ordinaire. Il déclare en effet un peu plus haut qu'on ne peut annuler un don à titre particulier par le seul motif qu'il est excessif et quel que soit le mobile du disposant. Mais le

Quand il s'agit d'une donation vraiment excessive par rapport, non seulement au mobilier de la communauté, mais à *toute la communauté* (1), et dont le résultat est une véritable spoliation de la femme, la présomption légale de fraude est, semble-t-il, toujours exacte, car on conçoit difficilement un cas où un mari puisse agir ainsi vis-à-vis de sa femme sans que ce soit en fraude de celle-ci.

L'arrêt de la Cour d'Agen n'est même pas un argument à l'encontre de ce que nous venons de dire, car s'il est vrai que l'intention frauduleuse du donateur n'apparaisse pas dans l'arrêt, cela tient peut-être uniquement à ce qu'il n'a pas paru *nécessaire* que cette preuve fut établie, l'acte lui-même (sustraction de presque toute la communauté) ayant aux yeux du tribunal et de la Cour paru suffisant pour être condamné *aux termes de l'article 1422 du Code civil interprété par la jurisprudence*.

Mais dans d'autres décisions où il a été jugé suivant le même principe, on peut voir les tribunaux renforcer leur manière objective de juger par une

tribunal en réalité a surtout *jugé en fait* et ce jugement montre précisément la modération de la jurisprudence. Il s'agissait en l'espèce d'un don manuel de 7.000 francs à une nièce, filleule de son oncle, lequel n'avait pas d'enfants. Cette donation ne représentait que le tiers de l'actif de communauté. Enfin les intentions du disposant apparaissaient au total très bienveillantes pour sa femme, car il instituait cette nièce légataire universelle mais pour la nu-propriété seulement et il réservait l'usufruit de toute sa fortune personnelle à sa femme qui avait donc vraiment bien tort de se plaindre.

1. C'est ainsi que l'entend la jurisprudence.

sorte d'argument supplémentaire, à titre de moralité. Ainsi la Cour de Rouen dans son arrêt du 25 janvier 1860 décide : « que les donations excessives des effets mobiliers de la communauté sont de la part du mari justement suspectes et *deviennent une véritable fraude* à l'égard de la femme *surtout quand* il s'agit de dons en faveur des enfants du premier lit ».

Enfin on peut dire, et c'est à nos yeux le meilleur argument de la jurisprudence, que si le système proposé par les auteurs est plus juridique, eu égard aux seuls termes de l'article 1422 du Code civil la conception de la jurisprudence est plus conforme à la tradition. Sans doute les tribunaux semblent ainsi se substituer aux auteurs du Code civil pour corriger ce que leur rédaction a eu de malencontreux ; ils créent un véritable droit prétorien ; mais ils ne méritent pas le reproche de mal interpréter, à défaut du texte, *l'esprit de la loi*.

Théorie de M. Wahl. — M. Wahl leur a pourtant fait ce reproche (1).

C'est à tort, prétend il d'abord, que la jurisprudence s'appuie sur l'ancien droit et déclare que les donations excessives y étaient entachées de fraude ; elle s'appuie en tout cas d'après lui sur une mauvaise interprétation des auteurs qui admettaient seulement que les donations mobilières excessives *pussent en fait* être considérées comme ayant lieu

1. Note sous Agen précitée.

en fraude des droits de la femme. M. Wahl cite notamment, comme référence, Dumoulin sur l'article 17 de la coutume de Saint-Quentin, Pothier dans son *Traité de la communauté*, n° 480. Lebrun lui-même dans le texte que nous avons cité et analysé.

Il paraît difficile cependant de soutenir avec textes à l'appui que l'ancien droit ne considérerait pas les donations excessives comme entachées de fraude. Le texte de Dumoulin sur la Coutume de Saint-Quentin, loin d'apporter un argument en faveur de cette nouvelle thèse, confirme plutôt notre manière de voir. Après avoir rapporté l'article 17 de cette coutume, que nous avons nous-même déjà cité et qui déclare qu'un mari est tellement maître et seigneur des biens communs « qu'il en peut disposer totalement, par acte entre vifs et sans fraude, Dumoulin ajoute : « ce mot *totalement* veut dire efficacement des choses particulières; car il ne se réfère pas « ad universitatem vel causam notabilem; quia esset « recidere in fraudem quam consuetudo non rescindit. » Sans l'explication de Dumoulin, le texte aurait pu prêter à confusion et permettre précisément de croire qu'un mari pouvait donner la totalité des biens de la communauté. Dumoulin restitue au texte sa portée limitée : le mari peut donner totalement, c'est-à-dire efficacement (valablement) mais par acte à titre particulier seulement. Au contraire, il estime qu'il y aurait fraude à donner l'universalité ou une part notable de ces biens.

Quant au texte de Pothier, il est nettement en notre faveur : après avoir rappelé l'article 225 de la Coutume de Paris, Pothier déclare, article 480 : « l'excès de la donation fait présumer cette fraude » et il fait reposer le fondement de cette présomption sur les Coutumes de Poitou et de Saintonge.

Dire maintenant que ces auteurs font de la fraude une pure question de fait, et que l'excès de la donation n'est pas, en soi, considéré par eux comme une fraude, nous n'en disconviendrons pas. Nous avons en effet admis que la conception de Pothier comme celle de Dumoulin qui l'a inspirée était subjective et se fondait sur l'intention du donateur.

Mais impossible de raisonner de la même manière devant les textes de Lebrun : nous avons démontré que le système de ce dernier était purement objectif et tendait à établir un certain nombre de présomptions de fraude dont, en premier lieu, la donation excessive. Nous n'y reviendrons pas.

Mais M. Wahl soutient qu'au surplus l'esprit du Code civil n'est pas d'interdire les donations excessives. Et il raisonne de la manière suivante :

L'intention des rédacteurs du Code civil était d'empêcher le mari de *donner*.

La conséquence rigoureuse de ce principe aurait dû amener à interdire toute donation au mari sans exception. Mais les rédacteurs du Code civil se fondant sur la *vilis mobilium possessio* ont estimé que l'*aliénation d'un meuble était un acte d'administration*. Exemples : article 1428 : aliénation des meubles

propres; article 1449 : pouvoir de disposition de la femme séparée de biens sur les meubles; article 457 : même pouvoir du tuteur sur les meubles du mineur, etc. Dans tous ces cas ce sont des *administrateurs* qui aliènent valablement des biens *mobiliers*. Donc, conclut M. Wahl, non seulement il ne serait pas conforme, mais il serait *contraire à l'esprit de la loi*, d'interdire au mari administrateur, certaines donations particulières de meubles communs.

Tout ceci n'est pas sans réplique : sans doute, et nous l'avons signalé en son temps, l'intention des rédacteurs du Code était d'interdire au mari toute donation et c'est par un étrange contre-sens qu'ils lui ont laissé la disposition des meubles; mais est-il certain qu'ils aient associé dans leur esprit l'idée que les donations à titre particulier faisaient partie de l'apanage d'un administrateur? Il semble au contraire que deux idées n'ont jamais été si opposées que celle d'administrer et celle de donner même à titre particulier.

D'autre part, il s'agit moins de savoir si les rédacteurs du Code civil eurent l'intention de permettre au mari des donations particulières que de savoir s'il fut dans leur esprit de lui interdire des donations excessives.

Or, sur ce point, nous croyons avoir démontré que les rédacteurs du Code n'avaient pas voulu dire autre chose en parlant « d'universalité ou d'une quotité du mobilier » et qu'ils n'avaient fait en somme que traduire, maladroitement peut-être, ce que les cou-

tumes, les jurisconsultes et Lebrun en particulier avait dit en parlant des donations excessives.

Enfin les textes mêmes cités par M. Wahl, comme exemples destinés à prouver qu'il est dans l'esprit du Code d'accorder le droit de disposer des meubles à titre particulier aux administrateurs, n'apportent aucune justification puisque, dans tous ces cas, il s'agit d'actes à titre onéreux. Aucun de ces textes ne permet une donation.

M. Wahl qui a prévu l'objection estime que c'est une extension exceptionnelle du pouvoir d'administrateur en faveur du mari. C'est la loi ! N'y a-t-il pas là une pétition de principes ?

Il reste une dernière question : comment dans le système de M. Wahl concilier ce fait que le mari, en tant qu'administrateur, peut disposer des meubles à titre gratuit avec les restrictions légales concernant l'universalité ou une quotité du mobilier ?

« Si le Code civil, dit-il, a fait exception pour les donations universelles ou à titre universel, c'est que ces donations portent nécessairement, non pas sur le patrimoine mobilier actuel de la communauté, mais sur celui qui dépendra de la communauté ultérieurement, au moment de sa dissolution ; on a craint sans doute que le mari ne fût trop facilement porté à engager l'avenir, à dilapider par avance une fortune dont il lui est impossible de connaître l'importance ; on a voulu l'empêcher de commettre cette imprudence, du moins sans le consentement de la femme. »

On voit à quelle conclusion veut aboutir cette théorie : à justifier que les restrictions portées à l'article 1422 visent purement et simplement la donation de biens à venir ou l'institution contractuelle. Or nous avons dès le début de cette discussion fait raison d'une hypothèse qui paraît peu vraisemblable et qui semble moins conforme à la tradition que notre simple explication.

B. Réserve d'usufruit. — Comme Lebrun encore, et cette fois même à l'encontre de Pothier, le Code civil présume la fraude quand la donation a été faite avec réserve d'usufruit.

L'acte est frauduleux par lui-même quelque soit la valeur de la donation et arrière de l'intention du donateur (1).

On ne conçoit pas d'ailleurs, qu'il puisse y avoir de doute sur cette intention quand le mari s'est réservé l'usufruit et l'a placé sur sa tête seule comme dans l'exemple de Lebrun. L'opération dénote ici un égoïsme si révoltant, le but de frustrer la femme et de ne frustrer qu'elle est si évident, que le caractère frauduleux de l'acte ne paraît pas contestable.

Mais que décider si l'usufruit a été réservé au profit de l'un et de l'autre des conjoints ? Mieux encore si le mari a placé l'usufruit sur la tête de sa femme seule ?

Ici le caractère égoïste de l'acte n'apparaît pas. La fraude n'est pas évidente puisque dans le pre-

1. C'est ce qu'admet la jurisprudence. Dijon, 14 juillet 1879. S. 79. 2. 261 ; D. 80. 2. 124.

mier cas, quelque soit le prémourant des époux, le survivant est assuré du bénéfice de l'usufruit, et dans le cas même où c'est la femme seule qui est bénéficiaire de l'usufruit, le mari se dépouille et constitue au profit de sa femme une *véritable libéralité*.

On peut objecter cependant qu'au total la femme ou tout au moins sa succession y perd. Mais étant donné, nous le supposons, qu'il ne s'agit pas d'une donation excessive, le mari aurait incontestablement le droit de la faire si elle était pure et simple, sans que la femme puisse se plaindre. En lui laissant l'usufruit du bien donné, le mari lui fait ainsi à elle-même une donation.

Le texte de l'article 1422 ne distingue pas ces diverses hypothèses. On pourrait en conclure qu'il condamne en conséquence (présomption légale de fraude) toutes les donations contenant une réserve d'usufruit, sans s'occuper du bénéficiaire de l'usufruit.

Mais, manifestement aussi, les rédacteurs du Code civil n'ont eu en vue, en édictant cette interdiction, que l'exemple que Lebrun leur mettait sous les yeux. Et Lebrun s'est uniquement placé dans l'hypothèse normale ou c'est pour lui-même que le mari s'est réservé l'usufruit.

En poussant plus loin l'analyse, on peut se demander en quoi consiste la fraude dans cette dernière hypothèse :

a) Est-ce une survivance du vieux principe cou-

tumier : Donner et retenir ne vaut ? Dans ce cas, l'interdiction devrait s'entendre au sens large et quelque soit l'usufruitier. Mais on ne peut soutenir cette opinion en face de l'article 949 du Code civil qui permet à tout donateur, de réserver à son profit ou à celui d'autrui la jouissance ou l'usufruit des biens, meubles ou immeubles, faisant l'objet d'une donation.

b) L'idée communément admise est que le Code civil, hostile aux donations du mari, a voulu par cette restriction les lui rendre plus difficiles et par conséquent plus rares. Un mari hésitera à dépouiller la communauté et par suite sa femme s'il se dépouille lui-même : d'où le principe qu'il y a fraude, si faisant la donation il ne se dépouille pas entièrement. C'est le point de vue auquel se place la jurisprudence (1).

Si tel est vraiment le critérium et l'esprit du Code civil, dans le cas où le mari réserve l'usufruit sur sa tête et celle de sa femme, il y a fraude puisqu'il ne se dépouille pas entièrement. Au contraire s'il a constitué l'usufruit sur la tête de sa femme seule, il s'est réellement dépouillé ; peut-on encore soutenir qu'il y ait eu fraude ? On peut l'admettre :

Car cette réserve au profit de la femme doit, nous l'avons vu, s'analyser en une donation c'est-à-dire

1. Cambrai, 24 mai 1867 ; Douai, 28 déc. 1867. S. 68.2.13. Ici pourtant la femme avait été consultée, avait consenti et la réserve d'usufruit avait été faite sur la tête des deux époux.

en un acte révocable en vertu de l'article 1096 du Code civil.

Nous croyons que le critérium admis par la jurisprudence est bien conforme à l'intention des auteurs du Code civil mais, à l'encontre de l'opinion commune, nous préférons celle de MM. Baudry-Lacantinerie qui admettent la validité de la donation si la réserve d'usufruit est constituée sur la tête des deux époux ou sur celle de la femme car dans ces deux cas la donation ne sera parfaite que si la femme accepte (1).

Cette opinion, en effet, est tout à fait conforme à notre thèse : notre principe est que le mari a un droit absolu de disposition sur la communauté. Il n'y a exception à ce principe que s'il agit en fraude, c'est-à-dire arrière de sa femme. Quand le concours de cette dernière est requis pour valider l'acte, sa présence seule écarte la présomption de fraude : l'acte devient licite, sans qu'il y ait à se préoccuper de la question de savoir si la loi a entendu ou non le proscrire.

La prohibition de réserver l'usufruit doit s'entendre au sens large. Lebrun y assimilait, à plus forte raison disait-il, le défaut de tradition immédiat de la chose donnée. Par extension de la même idée, des auteurs estiment (2) que sont aussi prohibées les donations de biens à venir ayant pour objet des meubles à titre particulier, par exemple, *une créance*

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, 664 et la note.

2. *Id.*, *Ibid.*, I, 662.

appartenant à la communauté. Mais la question, au dire de ces auteurs, ne paraît pas s'être posée en pratique (1).

C. — **Exception en faveur des enfants communs**

Les dispositions restrictives du Code ne s'appliquent plus quand il s'agit de l'établissement des enfants communs. L'idée du législateur se comprend : la donation d'un bien commun faite par un père à son enfant quand il s'agit de l'établir, c'est-à-dire de lui assurer son avenir, par mariage ou autrement (2), n'implique en soi aucune idée de fraude vis-à-vis de la femme, même si la libéralité est considérable et porte sur la majeure partie de la communauté.

Il y avait cependant autrefois, au sujet de cette disposition du Code civil, un certain nombre de discussions dont l'intérêt est bien tombé, soit accord des auteurs, soit surtout défaut d'applications pratiques, car il y a peu de jurisprudence sur ces matières :

a) Par enfants communs, faut-il entendre aussi, se demandait-on, les petits enfants ? oui, disaient

1. Cependant V. Douai, 16 janv. 1897. D. 97.2.425. Cet arrêt décide que l'article 1422 du Code civil autorise le mari à disposer des effets mobiliers de la communauté ce qui comprend notamment les créances. Cet arrêt serait donc contraire à l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie.

2. Jurisprudence en ce sens. Cass., 10 janv. 1896. S. 1900.1 511.

Rodière et Pont. Non, prétendait Troplong, qui n'admettait cette solution que si l'enfant, auteur des petits-enfants était lui-même décédé ; ceci par faveur pour la femme et par interprétation stricte du texte de la loi : « puisque la disposition de l'article 1422 du Code civil est rigoureuse à l'égard de l'épouse, écrit Troplong, n'en aggravons pas l'étendue en faisant profiter des personnes dont la loi ne parle pas expressément ». Cette opinion devait rester isolée.

b) On discutait de même la question de savoir si le mari pouvait disposer en faveur des enfants communs, sans le consentement de sa femme, de *toute* la communauté ou seulement *de sa part* dans la communauté. Des arguments étaient présentés pour et contre et on expliquait généralement que le mari pouvait disposer de *tout* par l'idée de représentation de l'épouse ou de mandat légal⁽¹⁾. Nous avons écarté cette notion comme inutile et notre explication que, par l'abandon des droits de sa femme entre ses mains, le mari a pleins pouvoirs tant qu'il n'agit pas en fraude de cette dernière suffit à expliquer que le mari dispose valablement de toute la communauté : quant à la fraude, nous avons admis qu'elle ne pouvait se *présumer* quand la libéralité était faite aux enfants communs.

1. Quand la donation est faite conjointement dans un même acte par les père et mère avec des biens de la communauté, la jurisprudence estime qu'ils sont censés avoir voulu donner chacun pour moitié. Cass., 10 fév. 1896, S. 1900.1.511.

Troplong, seul de tous les auteurs, n'accepte pas sans réserve cette conclusion et professe ici encore une opinion originale qui vaut d'être notée (1) :

« Si cependant, dit-il, la donation était excessive, en ce sens qu'elle absorbât *toute la communauté* et qu'elle laissât la mère sans ressource, je pense que les tribunaux pourraient interposer leur équitable médiation. Le mari est sans doute seigneur et maître de la communauté, mais il doit agir sans fraude ; c'est une règle invariable. Or, il y aurait fraude dans sa conduite s'il avait eu la secrète pensée d'appauvrir et humilier sa femme, de blesser son cœur de mère et d'épouse et de la placer sans motifs légitimes dans une dépendance dégradante à l'égard de ses enfants. » Et Troplong cite à l'appui de son opinion celle de d'Argentré sous l'article 404 de la Coutume de Bretagne. Cet article admettait que les donations faites par le mari aux enfants communs sans le concours de la femme ne donnaient lieu à aucune récompense au profit de cette dernière. D'Argentré estimait (2) que cette disposition devait être tempérée quand la femme était réduite à rien et qu'il fallait lui réserver une part dans les conquêts.

L'opinion de Troplong ne trouve plus grâce aujourd'hui : « Cette solution, disent MM. Baudry-Lacantinerie, doit être répudiée sans hésitation ; c'est créer la loi, ce n'est pas l'interpréter » (3).

1. Troplong, *op. cit.*, II, n° 901.

2. D'Argentré, sur l'article 404, *Coutume de Bretagne*, gl. 4, n° 2.

3. Baudry-Lacantinerie, le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 607.

Cette condamnation est un peu excessive. Elle vient de ce qu'on prétend que Troplong refuse au mari le droit de disposer de toute la communauté si la femme est sans fortune personnelle. En réalité, et nous avons cité le texte à dessein, Troplong se contente de dire qu'il y aurait fraude du mari si, en donnant toute la communauté au préjudice de sa femme qui n'a rien, sa pensée avait été d'appauvrir et d'humilier celle-ci et de la mettre vis-à-vis de ses enfants dans une dépendance dégradante : c'est une question de fait.

La fraude dépendrait ici, en somme, de la seule intention de son auteur. La preuve de cette intention devrait être rapportée et les circonstances particulièrement injustes d'une telle libéralité sont aux yeux de Troplong de nature à établir cette preuve.

En somme, la *présomption légale* de fraude tombe quand il s'agit de donations aux enfants communs.

Mais en dehors des cas de fraude présumée, prévus par la loi, il reste *le droit commun*.

SECTION III

Le droit commun

L'étude de la tradition nous a permis d'interpréter le sens et l'esprit des dispositions du Code civil en tant que présomptions légales de fraude; elle nous permet en outre d'affirmer, malgré le défaut

des textes, l'existence de ce droit commun en matière de fraude.

Toute donation non excessive et consentie sans réserve d'usufruit peut être attaquée si elle a été faite en fraude des droits de la femme.

Ici, c'est aux tribunaux qu'il appartiendra de faire jouer à la fraude ce rôle de restriction et de contre-poids aux pouvoirs maritaux que nous avons prétendu lui attribuer.

Avec raison cette fois, Troplong avait pressenti dans ce cas l'importance de l'intervention de la jurisprudence.

« La fraude, écrivait-il, est difficile à surprendre dans les *actes permis de droit* au mari et qu'avec de la mauvaise volonté il peut tourner contre son épouse... Cependant les tribunaux pourront examiner les circonstances; il sera de leur devoir de s'armer d'une vigilance investigatrice et sévère pour surprendre ces infâmes machinations. Le champ des indices leur est abandonné; ils doivent y entrer avec fermeté et rigueur quoiqu'avec prudence et sans passion. »

Cette manière de voir qui découle pour nous comme une conclusion des développements qui précèdent nous paraît l'évidence même. Mais cette opinion ne semble pas unanimement partagée comme nous le verrons.

Dans des arrêts très intéressants que nous allons analyser, la jurisprudence belge avait décidé que la donation par le mari d'effets mobiliers détermi-

nés dépendant de la communauté, en vue de frustrer la femme ou ses héritiers de leurs droits sur les biens de la communauté, *peut être annulé même en l'absence d'un texte précis comme faite en fraude de la loi* (1).

Ces arrêts se fondaient sur la tradition et en particulier sur l'article 225 de la Coutume de Paris.

Cette argumentation n'a pas paru décisive en France où les arrêts ont été critiqués (2) par ces motifs : d'une part, que le texte de l'article 1422 qui, à la différence de l'article de la coutume, spécifie celle des dispositions à titre gratuit qu'il permet au mari, ne reproduit pas la restriction générale exprimée par les mots « sans fraude » ; — d'autre part, que cette restriction générale réapparaît dans l'article 271 du Code civil mais seulement pour l'hypothèse où, au temps de la disposition, les époux étaient en instance de divorce.

Un telle interprétation, vraiment restrictive et peu libérale, ne paraît tenir aucun compte de la tradition qui joue un rôle si capital en ces matières et nous croyons, au contraire, que la jurisprudence belge s'est inspirée de la seule source à laquelle il faille puiser.

Mais ceci admis, il reste au juge une autre difficulté à résoudre. C'est de déterminer en quoi exactement a consisté la fraude. L'espèce qui a fait

1. Liège, 22 juillet 1908. *Pasicrisie belge*, 1909.2.354 ; Cass., 11 nov. 1909, *idem.*, 1909.1.435.

2. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 206.

l'objet des arrêts rapportés ci-dessus, montre précisément, dans un cas tout à fait typique, l'embarras des juges pour justifier leur décision.

Nous sommes ici, en matière de droit commun, dans l'hypothèse où il faut appliquer la théorie subjective de Pothier, c'est-à-dire rechercher qu'elle a été l'intention du donateur.

Pothier a envisagé surtout l'hypothèse où cette intention se traduit par un enrichissement du donateur. A défaut d'enrichissement, l'intention, toujours d'après Pothier, peut résulter encore du moment où est faite la donation. Si cet élément, à son tour fait défaut, elle résulterait suffisamment de la haine manifeste et patente que le mari aurait eu pour sa femme. Mais s'il est établi que les époux étaient en bons termes il devient difficile d'établir une intention frauduleuse.

Or ces incertitudes proviennent de ce que la notion de fraude reste imprécise. Tout s'éclaire au contraire si on se reporte à la définition générale que nous avons donnée de la fraude quand nous l'avons opposée au dol (1). Nous l'avons qualifiée un ensemble de manœuvres employées pour empêcher de se produire un résultat dérivant d'une convention ou de la loi : en l'espèce, *tout acte du mari ayant pour but de fausser le résultat du partage égal de la communauté entre époux*.

L'intention frauduleuse du mari, ce n'est donc,

1. Première partie, Chap. III, p. 114 et s.

ni de poursuivre un enrichissement personnel ni de commettre une méchanceté à l'égard de sa femme, mais bien de vouloir fausser les résultats du partage.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Belgique cette intention résultait des déclarations même du donateur qui n'avait caché ni son désir ni son but de modifier à sa fantaisie la dévolution naturelle des biens communs, pour cette raison qu'il se croyait le droit de le faire.

Il convient de rapporter ici les circonstances de la cause :

Un sieur Joseph W..., dont la fortune patrimoniale était relativement importante s'était marié sous le régime de la communauté d'acquêts avec une dame G..., dont l'apport était insignifiant. Aucun enfant n'était issu de ce mariage et, du fait du contrat, les bénéfices de la communauté devaient, à la dissolution de celle-ci, en dépit de l'inégalité des apports des conjoints, se partager également entre l'un des époux et les héritiers de l'autre.

La femme étant venue à tomber gravement malade, le mari envisageant un veuvage prochain et par conséquent un partage de la communauté entre les héritiers de sa femme et lui, sur les bases que nous venons de dire, estima qu'il y aurait là une injustice à son égard et chercha, par des actes préalables de disposition en faveur de ses propres héritiers, à s'assurer dans la liquidation imminente de l'avoir

commun, une part des acquêts qui lui paraissait proportionnelle à la valeur de ses apports.

Il cherche d'ailleurs, pour ce faire, à entourer les actes de disposition dont il s'agit de toute la légalité désirable et prend conseil d'un avoué. Ce dernier, s'inspirant de la lettre des textes et fort des termes mêmes de l'article 1422 du Code civil, affirme à son client que les donations d'effets mobiliers de la communauté, faites par le mari à titre particulier et sous réserve d'usufruit, sont pleinement valables. Ces donations ne pourraient être attaquées, dit-il, que si elles n'étaient pour le mari qu'un moyen indirect de s'enrichir au détriment de la femme ou de ses héritiers, par exemple si le mari simulait une donation dont les choses qui en font l'objet devraient lui être restituées par le donataire, après le décès de la femme.

Fort de ce qu'il croit être son droit, le sieur W..., qui d'ailleurs ne poursuit aucun enrichissement personnel au détriment de son épouse, qui ne nourrit contre elle aucune haine ni aucun mauvais sentiment, procède à quinze jours d'intervalle à deux donations mobilières à ses héritiers : la première d'un certain nombre de titres au porteur ; la seconde d'une somme de 40.000 francs en titres et deniers, soit au total environ 120.000 francs dépendant de la communauté.

Quelques semaines plus tard, la femme meurt. Réclamation des héritiers de cette dernière au sieur W..., qui se borne à déclarer avoir disposé au cours

de la communauté des effets litigieux par des actes faits en conformité avec la loi.

D'où procès.

La Cour de Liège estime qu'il y a eu là des donations faites en fraude des droits de la femme ou de ses héritiers et qui doivent être annulés. Mais comment le justifier ?

Après rappel de l'article 1422, dont elle ne peut que constater la carence pour la thèse qu'elle veut soutenir, la Cour fait appel franchement à l'ancien droit :

« Attendu que cet article tire son origine de l'ancienne législation coutumière de la France dont les dispositions relatives à la matière étaient très divergentes : que certaines coutumes... »

L'arrêt fait alors une analyse de ces coutumes pour tirer argument principalement de celle de Paris dont elle rappelle l'article 225, n'autorisant les donations qu'à personne capable *et sans fraude*.

Et la Cour va rechercher maintenant ce qui, à ses yeux, doit constituer la fraude en l'espèce :

Est-ce l'importance de la donation ?

La Cour ne le croit pas. Notons en passant que cette jurisprudence belge ne semble pas suivre les errements de la jurisprudence française, relatifs aux donations excessives. Elle estime que les restrictions apportées par le Code, à l'article 1422, aux pouvoirs du mari doivent être entendues très strictement et qu'il n'est question nulle part dans les travaux préparatoires du Code civil d'une limitation du

nombre et de la valeur des effets mobiliers donnés. En résumé, bien que les donations critiquées s'élèvent en l'espèce au chiffre important de 120.000 francs, la Cour ne retient pas cette justification de la fraude.

Est-ce la qualité des donataires ?

Ceux-ci sont des héritiers présomptifs et les anciennes coutumes, comme les anciens jurisconsultes, étaient unanimes à considérer ceux-ci comme incapables de recevoir des donations.

Mais, même objection que ci-dessus : le Code civil n'a pas gardé cette restriction.

Est-ce alors l'intention frauduleuse ?

Mais, précisément, dit la Cour, elle est ici complètement absente. Sur ce point, la Cour de Liège commet, à notre avis, une erreur, une confusion de termes : elle veut dire qu'il n'y a aucune méchanceté mais non aucune fraude sinon son arrêt ne se justifierait plus. Recherchant en effet l'intention du mari elle constate que tous les éléments de la cause montrent que le mari n'a nullement agi en haine de sa femme et qu'il n'a jamais nourri à l'égard de cette dernière, ni des parents de celle-ci, des sentiments d'hostilité.

Mais il n'en est pas moins vrai que l'intention de faire fraude aux héritiers de la femme ne soit manifeste. C'est ce qui inspire à la Cour le motif suivant, qui par la confusion de mots que nous avons signalé, a l'air un peu incohérent :

« Attendu, dit la Cour, *la fraude* étant toujours exceptée, [lisons la *mauvaise foi*] qu'en attribuant

au chef de l'association conjugale le droit de disposer à titre gratuit, au profit de toutes personnes des biens de la communauté, l'article 1422 ne sanctionne pas les actes faits par le mari en vue de frustrer sa femme et ses héritiers de la part qu'ils doivent avoir aux biens de la communauté lors de sa dissolution....»

Enfin c'est à l'article 1395 que la Cour va faire appel pour renforcer la justification de sa décision, estimant que l'immutabilité des conventions matrimoniales étant d'ordre public, le mari, en disposant des biens de la communauté en vue d'éluder les effets de son contrat de mariage, a porté une atteinte illégitime aux droits de son épouse et des héritiers de celle-ci.

Et la Cour de Liège annule les deux donations.

En résumé l'arrêt de Liège trahit un réel embarras pour justifier sa décision et finalement la Cour juge en fait.

Le résultat des donations incriminées (les héritiers de la femme frustrés par un acte du mari) ne lui paraît pas équitable et elle prend tout le faisceau des circonstances de fait qui ont accompagné les donations litigieuses pour la faire tomber ; mais elle ne dégage pas suffisamment, à notre avis, le pourquoi du caractère frauduleux de l'acte.

Pourvoi en cassation,

Deux moyens sont invoqués : 1^o violation de l'article 1422 C. civ. ; 2^o violation de l'article 1395 du Code civil.

Dans un remarquable rapport, M. l'avocat général Janssens dégage, en matière de donations frauduleuses, des principes qui mettent, semble-t-il, la question au point et qui s'accordent pleinement avec notre manière de voir. Nous en devons l'analyse :

Le rapport rappelle d'abord l'ancien droit, cite l'article 225 de la Coutume de Paris et dégage la doctrine de Pothier. Arrivant à l'interprétation du Code civil, le rapport va au-devant de l'objection que l'article 1422 du Code civil ne reproduit pas textuellement l'article 225 de la Coutume de Paris, le mot fraude ne s'y trouvant pas. Il y a lieu de remarquer, dit l'avocat général, que si le Code civil ne reproduit pas dans un texte formel l'ancien adage *fraus omnia corrumpit*, le législateur n'a pas voulu et n'a pu vouloir abolir cette règle de droit qui a sa source dans un principe de morale universelle. La loi ne peut consacrer la validité d'un acte fait en fraude du droit.

Le principe que la fraude vicie tout acte qui en est entaché domine toute la matière du droit. Il est virtuellement inséré dans chacune des dispositions de nos Codes.

Puis il est fait ici appel à l'article 1167 du Code civil, non comme texte dont l'espèce présente serait justiciable, mais à titre d'argument d'analogie.

Fort justement, le rapport ne voit dans l'art. 1167 du Code civil qu'une application d'un principe géné-

.

ral que le législateur a cru devoir expressément rap-
peler dans ce cas.

Il estime que non seulement on n'en peut dé-
duire que le législateur ait entendu méconnaître
le principe d'agir sans fraude là où il l'a passé sous
silence, mais encore qu'on doit trouver dans cet ar-
ticle 1167 un argument *a fortiori* en faveur de la
thèse qu'il soutient. Et il raisonne de la manière sui-
vante : en admettant que le mari soit maître et sei-
gneur de la communauté, le propriétaire est bien
plus encore maître et seigneur de ses propres biens.
Or l'article 1167 porte que les créanciers peuvent
en leur nom personnel, attaquer les actes faits en
fraude de leurs droits. Combien à plus forte raison
la femme, dont les droits sur la communauté sont
supérieurs à ceux d'un créancier ordinaire, ne doit-
elle pas être admise à user des mêmes garanties,
des mêmes mesures protectrices.

Et quant aux dispositions limitatives au Code
civil, le rapport estime, qu'alors même que les
prohibitions de l'article 1422 n'existeraient pas, la
femme ou ses héritiers seraient en droit, la fraude
étant constatée, de demander la nullité de donations
faites dans les circonstances de l'espèce qui nous
occupe ; il conclut :

« L'article 1422 du Code civil a-t-il eu pour objet
de restreindre l'application de la maxime que nous
avons rappelée plus haut et du principe consacré
par l'article 1167 du Code civil ? Nullement. Il se
borne à énumérer limitativement les cas où la fraude

résultant d'une *présomption juris et de jure*, la donation est nulle. Les *autres cas sont abandonnés à l'appréciation du juge...* »

L'argument tiré de l'article 1395 ne vaut rien. Mais il n'a pas été déterminant de la décision du juge qui s'est appuyé sur la fraude.

L'arrêt de la Cour de cassation belge adopte purement et simplement la manière de voir de l'avocat général.

Ce qui fait son originalité, c'est le principe général qu'il cherche à dégager en tête de son argumentation. Il le fonde sur l'article 225 de la Coutume de Paris, qu'il cite tout au long.

« La Cour sur le premier moyen...

« Attendu que nul ne peut, par la fraude, se soustraire à l'application des lois; que cette règle de morale et de raison s'impose même en l'absence de texte;

« Que l'article 225 de la Coutume de Paris... (suit la teneur de cet article).

« Attendu que le Code civil a restreint le pouvoir de disposition reconnu par la Coutume de Paris au mari, sur les biens de la communauté; que cette restriction même implique le maintien de l'interdiction des libéralités faites en fraude de la loi...

« Qu'au surplus le partage égal par moitié des biens de la communauté est inconciliable avec le pouvoir que posséderait le mari de dépouiller volontairement et subrepticement la femme ou ses héritiers d'une partie des biens communs... etc. »

Voilà enfin, dans ce dernier paragraphe résumé, la notion très nette de ce qu'il faut entendre par fraude aux droits de la femme,

*
* * *

Cette jurisprudence est entièrement favorable à la femme. Elle rend pratiquement impossible toute donation frauduleuse du mari. Mais il ne faudrait pas exagérer et croire qu'il suffit à la femme de justifier *d'un préjudice éprouvé* pour attaquer comme frauduleux n'importe quel acte du mari.

Dans une espèce jugée par la Cour d'Orléans le 19 avril 1907 (1), une femme prétendait que son mari, de son vivant, avait à tort échangé la copropriété d'un puits appartenant à la communauté contre une servitude de puisage. Elle prétendait voir dans cet échange désavantageux une aliénation à titre gratuit d'un droit immobilier appartenant à la communauté, prohibée par l'article 1422 du Code civil et elle en demandait l'annulation.

La Cour a jugé en fait et a contesté l'existence du droit de copropriété. Mais si cette copropriété avait été reconnue, la femme aurait dû être déboutée également. Car il n'y a pas là un acte de donation interdit. C'est un acte d'administration : de mauvaise administration si l'on veut, mais en admet-

1. Orléans, 19 avril 1907. S. 1907.2.302.

tant qu'il y ait eu préjudice éprouvé et, ce qui est plus contestable même en l'espèce, disposition à titre gratuit la femme ne pouvait se plaindre qu'il y ait eu *fraude* à ses droits.

CHAPITRE II

LA FRAUDE DU MARI DANS LES ACTES A TITRE ONÉREUX

Tous ce que nous venons de dire des actes à titre gratuits en matière de fraude, quand il faut appliquer le droit commun, nous pouvons l'étendre aux actes à titre onéreux.

Si on admet en effet, comme nous le soutenons, que l'interdiction d'agir en fraude est un principe général et qu'il a pour effet en matière de communauté, de limiter les pouvoirs du mari, il est logique qu'il doit encore s'appliquer ici malgré le silence des textes.

L'ancien droit lui-même, nous l'avons vu, entendait largement l'exception de fraude et l'étendait aux actes à titre onéreux comme aux actes à titre gratuit.

L'article 225 de la Coutume de Paris doit s'interpréter dans ce sens (1) et Guy Coquille admet si bien l'extension aux actes à titre onéreux du principe d'agir sans fraude, qu'il distingue suivant que le tiers acquéreur a été de bonne foi ou de mauvaise foi. Dans

1. V. ce que nous avons dit à ce sujet, p. 123 et suiv.

ce dernier cas, il estime que le tiers acquéreur ne pourra être évincé mais que le mari sera tenu d'indemniser la femme. Ses termes même valent d'être rapportés :

« Cette liberté [du mari], dit-il (1), n'est pas en immensité et sans règle : car le contrat de mariage est de bonne foy... pourquoi faut dire que le mary ne peut et ne doit exercer cette puissance et seigneurie qu'il a es meubles et conquêts, sinon avec équité, modération et raison... Et s'il le fait autrement, en cas que ce soit par contrat qui n'ait apparence d'être frauduleux, le contrat tiendra à l'égard de celui avec lequel le mary a contracté : mais si le mary a fait fraude à sa femme, je croy qu'il sera tenu récompenser sa femme sur le propre d'iceluy mari *ratione doli*. »

Donc, la logique de notre système et la tradition forcent à admettre, au moins en théorie pure, que le principe de la prohibition des actes frauduleux s'étend aux actes à titre onéreux à charge naturellement de faire la preuve de la fraude.

En pratique, l'application de ce principe est très difficile et très délicate.

Difficile, parce que le mari, nous l'avons vu, a des pouvoirs considérables, absolus même en fait d'actes à titre onéreux, qu'il n'y a pas de contrôle possible de son administration et qu'il n'est pas tenu de rendre compte.

1. Guy Coquille, *op. cit.* 99 *in fine*.

Délicate, parce que vis-à-vis destiers, la communauté, c'est le mari. En traitant avec lui il ne faut pas que ces tiers, s'ils sont de bonne foi, soient exposés à un recours possible de la femme. C'est même un des principaux arguments qu'on fait valoir en faveur de la communauté qui, dit-on, inspire confiance et donne garantie.

Cette situation particulière du mari et ce pouvoir exceptionnel de faire librement tous actes à titre onéreux a donné naissance à une foule d'abus que nous avons signalés dès le début de cette étude. Mais souvent ils revêtent, grâce au facile détournement de valeurs par exemple, un caractère clandestin qu'il est difficile de déchiffrer. La fraude se complique souvent de divertissement et de recélé et quand, à la liquidation, des sommes même considérables, ne peuvent être représentées, le mari oppose qu'il les a dépensées dans de mauvaises spéculations, ou perdu au jeu et qu'au surplus il n'a pas de comptes à rendre. Ces sortes d'affaires sont extrêmement fréquentes. Elles n'ont point toujours leur épilogue devant les tribunaux précisément à cause de la difficulté qu'il y a de faire la preuve de ces fraudes, mais les notaires sont fréquemment les témoins de manœuvres d'une déconcertante malhonnêteté.

« Les fraudes, écrit M. Guénée (1), commises par l'un des époux communs en biens pour dépouiller

1. Note sous Civ. 8 juillet 1912. D. 1913.1.409.

son conjoint ou les héritiers de celui-ci en empêchant l'égalité de régner dans le partage revêtent des formes tellement variées qu'il est indispensable de les réprimer sans distinction entre les moyens employés pour les réaliser, d'autant plus que chaque époux trouve dans la situation particulière qu'il occupe une très grande facilité et une très grande tentation de s'enrichir au détriment de l'autre. Aussi les tribunaux se montrent fort larges, et il est admis en doctrine et en jurisprudence que toute fraude ayant pour but de soustraire certaines valeurs au partage de la communauté constitue un recélé quels que soient les moyens employés pour y parvenir (1). »

Nous reviendrons plus loin sur le recélé qui n'est, au fond, qu'un cas particulier de fraude. Mais à nous en tenir au sens général, on voit l'importance que prend ici la Jurisprudence dont le pouvoir d'appréciation souverain devra s'exercer judicieusement pour discriminer l'acte frauduleux interdit de l'acte d'administration permis, même s'il est imprudent ou excessif.

Une étude d'ensemble de la Jurisprudence est intéressante en ce sens qu'elle révèle le désir évident des tribunaux de rechercher la fraude du mari et de condamner l'acte frauduleux partout où elle peut l'atteindre. Mais il est difficile d'en dégager une théorie d'ensemble, une idée maîtresse.

1. Req. 6 juin 1894. D. 94. I. 524.

On estime généralement que la jurisprudence voit dans ces matières l'application pure et simple de l'article 1167 du Code civil. C'est une erreur et le cas de l'action Paulienne n'est pas applicable en toutes hypothèses. Nous avons vu d'ailleurs, en nous occupant de la fraude en général, que raisonner de cette manière ce serait confondre la fraude elle-même qui est le but avec les moyens employés pour atteindre ce but.

La Jurisprudence a recherché la fraude à travers les divers moyens employés pour la perpétrer. Pour reprendre une division que nous avons précédemment adoptée, nous étudierons cette Jurisprudence :

1° Quand le mari a agi par simulation d'actes ;

2° Quand il a conclu des actes juridiques réels et sérieux, ayant pour but d'appauvrir la communauté ;

3° Quand il a cherché, par acte matériel, à soustraire des biens et valeurs de la communauté.

1° Actes simulés. — On conçoit qu'ici la Jurisprudence soit intervenue facilement pour réprimer de telles fraudes. Elle a bien, en effet, devant elle un acte à titre onéreux, mais c'est un acte simulé ; ce n'est qu'une façade qui cache derrière elle une libéralité : une libéralité interdite au mari par la loi que celui-ci a voulu tourner par un subterfuge. Le rôle du tribunal sera de démasquer le subterfuge : ceci fait, la présomption légale écrite à l'article 1422 retrouve son plein effet et nous revenons aux cas prévus dans le chapitre précédent.

Une affaire de cette espèce tout à fait caractéristique, a fait l'objet d'un arrêt de Bordeaux du 7 février 1878 (1).

Un sieur Jean Berthet, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, vend à son frère, Eugène Berthet, moyennant une rente viagère constituée sur sa propre tête, *la totalité des immeubles* de la communauté. Après son décès, sa veuve forme contre les héritiers du défunt, notamment contre Eugène Berthet une demande en partage des biens communs et prétend qu'il y a lieu de comprendre dans ce partage les biens vendus par le défunt à son frère, la vente dont il s'agit étant nulle, prétend-elle, comme entachée de fraude. La dame Berthet décédée à son tour au cours du procès, l'instance est reprise par la dame Lavergne sa légataire universelle.)

Le tribunal de Sarlat rendit le 5 juillet 1876 un jugement qui devait être purement et simplement confirmé par la Cour de Bordeaux et dont nous extrayons les motifs suivants :

« Attendu que si le mari peut vendre à rente viagère sur sa tête un immeuble de communauté (2) et si cet acte ne dépasse pas la limite de son droit, l'article 1422 du Code civil lui interdit d'en disposer

1. D. 79.2.124.

2. Nous avons rapporté précédemment, p. 20-21, des décisions dans ce sens : notamment que le mari peut vendre les immeubles de la communauté à fonds perdu et sous réserve d'usufruit. Orléans, 14 mai 1864. D. 64.2.173.

à titre gratuit si ce n'est pour l'établissement des enfants communs ;

« Attendu que la difficulté soulevée incidemment au cours de la demande en partage dont le tribunal de ce siège est saisi, consiste à savoir si par l'acte du 20 mai 1873 Berthet n'a pas fait au profit de son frère *une libéralité déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux* ;

« Attendu qu'en cette matière les auteurs (1) sont unanimes pour signaler comme suspects de fraude :

1° La vente de l'universalité des biens d'une communauté ;

2° L'état de maladie de l'un des époux au jour de l'aliénation.

« Que, dans le premier cas en effet, l'aliénation par sa *généralité* présente quelque chose de véritablement suspect, et que dans le second cas, *l'intention de frustrer la femme ou ses héritiers* a une grande vraisemblance. »

L'arrêt remarque que le concours de ces deux circonstances, auquel est attaché une présomption de fraude se rencontre dans l'espèce ; que l'acte de donation embrasse tous les immeubles de la communauté, et que cet acte fut passé à un moment où

1. L'arrêt fait allusion aux auteurs de l'ancien droit et aux commentateurs du Code civil : Guy Coquille, *Introduct. au Droit français. Traité du droit des gens mariés*. Pothier, *Communauté*, T, n° 480 ; d'Aguessau, t. VII, mém. IX ; Troplong, *op. cit.* II, n° 875 cite l'art. 224 de la Coutume de Poitou que nous avons rapporté déjà ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 876 ; Aubry et Rau, t. V, § 509.

l'état maladif de l'épouse Berthet ne permettait pas de douter de la fin prochaine de celle-ci. L'arrêt tient compte encore de la non-réversibilité sur la tête de la femme, de la rente viagère stipulée et de la révocation par Berthet après la donation dont il s'agit, des dispositions testamentaires dont il avait précédemment gratifié son épouse.

« Enfin, déclare l'arrêt, si l'on compare le taux de la rente viagère stipulée à la valeur réelle des biens aliénés (1), telle que l'expertise judiciaire l'a établie, on arrive à se convaincre que, *sous les apparences d'un acte à titre onéreux la vente du 20 mai 1873 ne renferme qu'une libéralité* faite en fraude des droits de la femme ;

« Que la participation de l'acquéreur à cette fallacieuse simulation, dont seul il devait profiter, ne saurait être mise en doute et qu'il en est le complice intéressé... »

Et la Cour confirmant le jugement déclare nuls les actes incriminés.

En somme l'arrêt de Bordeaux n'aborde pas de front la question de savoir si un acte à titre onéreux accompli par le mari dans les limites, au moins apparentes de ses pouvoirs, peut cependant être

1. Comp. avec un arrêt de Colmar du 27 février 1857 ci-après rapporté. La vileté du prix pour lequel le mari a vendu les biens de communauté n'est pas suffisante par elle-même pour imprimer à cette vente le caractère d'une donation, car ce peut-être le fait d'un acte de mauvaise administration. Mais cette circonstance est avec raison retenue par la Cour comme un élément qui tend à établir ici et la simulation et la fraude.

annulé comme ayant été fait en fraude des droits de la femme. Il tourne la question en disant qu'il y a eu libéralité déguisée.

Sans doute, même à ne considérer que l'acte apparent, il y a eu fraude ; elle ne paraît pas douteuse au tribunal : peu d'espèces présentent un faisceau d'indices aussi convaincant et la preuve est faite. Mais ce qui motive décidément la décision du juge, ce n'est pas ce fait que la vente est conclue en fraude des droits de la femme, mais bien qu'elle cache une donation qui, elle, est interdite au mari *par la loi*.

Cependant, *accessoirement* et d'une *manière implicite* l'arrêt semble admettre qu'un acte à titre onéreux réel puisse être vicié et annulée, comme frauduleux, quand il a été entouré d'un certain nombre de circonstances suspectes dont le faisceau constitue réellement la preuve de la fraude.

Telles seraient dans l'espèce :

1° Le caractère universel de la disposition ;

2° La vileté du prix considérée, cette fois, non comme preuve d'une simulation mais comme preuve d'un acte conclu frauduleusement, dans de mauvaises conditions, à tout prix ;

3° L'intention enfin de frustrer la femme ou ses héritiers qui se dégage elle-même d'une série de circonstances de fait :

a) La conclusion de l'acte pendant la maladie mortelle de la femme ;

b) La révocation presque concomitante des dispositions testamentaires précédentes ;

c) La qualité de l'acheteur lui-même ;

d) Enfin la non-réversibilité de la rente viagère.

Remarque : *au sujet des aliénations à fonds perdus ou à charge de rente viagère sur la tête du mari seul.*

Ce serait une erreur de croire, et on s'en rend compte par ce qui précède, que la Jurisprudence déclare frauduleuses des aliénations, du fait qu'elles sont à fonds perdus ou à charge de rente viagère sur la tête du mari seul. Cette circonstance peut trouver place seulement dans un ensemble de faits qui concourent à établir la preuve de l'acte frauduleux ; la non-réversibilité de la rente viagère, à elle seule, ne constitue pas, au contraire, une présomption de fraude du mari et rentre même normalement, si choquante qu'elle soit, dans la limite des pouvoirs maritaux.

On fait valoir en effet, que dans un tel contrat, même en réservant sur sa tête seule le bénéfice de la rente viagère, le mari, s'il survit à la dissolution du mariage, ne devient pas seul propriétaire de la totalité des arrérages de la rente, mais que ceux-ci doivent être partagés entre lui et les héritiers de la femme (1).

Indépendamment d'ailleurs de cet argument de droit on peut concevoir qu'un contrat de cette nature,

1. C'est ce qu'admettait déjà Lebrun, I, ch. V, sect. II, n° 17 :
« Si le mari ayant tiré le fonds perdu de la communauté a stipulé

à l'inverse d'une donation sous réserve d'usufruit, puisse être fait, arrière de toute idée de fraude. Etant donné que l'importance d'une rente viagère est fonction de l'âge des personnes, un mari âgé dont la femme est jeune, ayant besoin de gros revenus, peut chercher à se les procurer par la vente d'un bien de communauté à charge de rente viagère sur sa tête seule. L'opération deviendrait même excellente pour la communauté si le mari vivait très vieux.

Si maintenant le mari stipulait en outre dans le contrat de vente que la rente viagère ne profiterait qu'à lui, en cas de dissolution de la communauté par la mort de la femme, il a toujours été admis en doctrine qu'il commettrait alors une fraude, car, dit-on (1), ce serait s'enrichir aux dépens de la communauté. On peut rapprocher cette situation de la donation avec réserve d'usufruit et tirer de l'article 1422 un argument d'analogie.

Mais il reste encore une grosse différence. Par la présomption légale écrite à l'article 1422, la donation est nulle du fait qu'elle est accompagnée de la réserve prohibée. Dans le cas de vente, au contraire, il faudra toujours rapporter la *preuve* de l'intention frauduleuse. Cette preuve sera ici, il est vrai, facilitée par l'existence de la clause de profit personnel.

La rente à son profit seulement, il n'y a point récompense s'il prédécède; s'il survit, les héritiers de la femme partageront ce qu'il recevra tous les ans. » Au contraire, en matière de donation avec réserve d'usufruit on a vu que Lebrun présumait la fraude.

1. Dalloz, J. G. Contrat de mariage, n° 1129.

Même dans ce cas, le simple enrichissement du mari au dépens de la communauté s'il n'est pas le fait d'une manœuvre frauduleuse ne peut autoriser les héritiers de la femme à attaquer un acte qui n'aurait pas été fait en fraude de leurs droits.

C'est ainsi qu'il faut interpréter une décision de la Cour de Rennes dans une espèce fort ancienne à la vérité mais si curieuse qu'elle mérite d'être rappelée (1).

Un mari vend une maison pour 20.000 francs dont le prix est converti en rente viagère de 1.900 francs par an sur sa tête seule. La communauté est dissoute par la mort de la femme. Les héritiers de cette dernière se présentent pour recueillir leur part, soit moitié des arrérages pendant toute la vie du mari. Mais précédemment les époux s'étaient faits une donation réciproque de l'usufruit de tout leur mobilier. La rente viagère revenait donc au mari seul.

La Cour estima qu'il n'y avait pas atteinte aux principes car : 1° le contrat de vente n'était pas une donation déguisée ; 2° le résultat n'était pas l'effet du contrat de vente, mais bien l'effet légal de la libéralité qui avait été faite au mari par sa femme, libéralité révocable aux termes de l'article 1096 du Code civil. Puisque cette révocation n'avait pas eu lieu, c'était donc que la femme avait entendu que sa libéralité demeurât en dépit de la constitution de rente

1. Rennes, 16 juin 1841. Dalloz. J. G. Contrat de mariage, 1126, note 3.

viagère. Il y avait donc là un concours de circonstances excluant l'intention frauduleuse du mari.

Par contre, il ne semble pas que la jurisprudence ait toujours su dégager, en pareille matière, ce qui fait précisément l'intention frauduleuse du mari. Elle a marqué en effet une certaine hésitation à admettre la fraude dans une hypothèse curieuse qui se présentait pour la première fois devant elle en 1903, mais qui peut se représenter encore, par suite de la fréquence toujours plus grande à notre époque, dans les contrats de mariage, d'une clause dite *commerciale* dont le but est de régler entre les époux le sort d'un fonds de commerce dépendant de la communauté.

Voici cette espèce (1) :

Un mari fait apport en mariage sous le régime de la communauté d'un fonds de commerce qu'il exploite et dans le contrat de mariage est insérée une clause, dite commerciale, qui stipule : que le survivant des futurs époux (qu'il y eut ou non des enfants du mariage et que la femme acceptât ou non la communauté), aurait le droit de conserver pour son compte personnel le fonds de commerce, à charge par lui d'en imputer la valeur sur les sommes qui lui reviendraient dans la communauté.

Mais pendant le cours du mariage le mari fait l'apport de ce fonds de commerce dans une société en nom collectif avec un tiers et stipule dans le contrat

1. Cass., 24 mars 1903, S. 1904. I. 137; D. 1905. I. 33.

qu'à sa mort le tiers deviendra seul propriétaire de tout l'actif social.

Se basant sur le droit de libre disposition par le mari des biens de la communauté, un jugement du tribunal civil de la Seine a admis la validité des dispositions prises par le mari, qu'il a déclarées exemptes de fraude.

Un pourvoi en cassation fut rejeté, mais il avait été fait sur le moyen unique de la violation de l'article 1395 du Code civil. Le moyen soulevé ne pouvait avoir chance d'être admis :

Par la clause commerciale portée au contrat de mariage, en effet, les futurs époux entendaient régler d'avance le sort du fonds de commerce au moment du partage s'il se retrouvait encore parmi les biens communs. Mais cette clause n'avait pas pour but d'empêcher le mari de disposer du fonds au cours du mariage, conformément aux pouvoirs que lui reconnaît l'article 1421 du Code civil. Nous avons vu qu'en vertu de l'article 1388 les pouvoirs du mari comme chef de la communauté ne pouvaient être restreints par une clause du contrat de mariage (1).

La Cour de Cassation n'a donc pas eu à se prononcer ici sur la question qui nous intéresse et qui demeure entière : celle de savoir si le mari n'avait pas agi en fraude de sa femme en disposant comme

1. V. p. 28. Empêcher le mari de disposer des fonds eût été une véritable clause d'inaliénabilité dotale transférée en communauté et nous avons vu que la jurisprudence ne l'avait jamais admise. V. Planiol, *Droit civil*, III, n° 804.

l'avait fait du fonds de commerce pendant la communauté. Or sa manière de faire est tout à fait suspecte : il aboutit, en somme, à se réserver un profit viager qui va cesser à la dissolution de la communauté. S'il avait vendu le fonds, la situation était toute autre car le prix tombait en communauté. Ici c'est quelque chose d'analogue à une vente à fonds perdu, à une vente à charge d'usufruit sur la tête seule du mari et c'est pourquoi nous rattachons cette espèce aux cas précédents.

« Il semble tout naturel dit un annotateur de l'arrêt (1) de considérer comme frauduleux et comme portant atteinte aux droits de la femme survivante la clause de l'acte d'association par laquelle le mari, tout en gardant son commerce, se substitue un tiers comme successeur en éliminant sa femme *malgré les stipulations contraires du contrat de mariage...* Pour être correct et loyal, l'acte d'association aurait dû, semble-t-il, réserver à la femme la faculté de se substituer à son mari prédécédé comme associé du tiers... »

Nous sommes tout à fait de cet avis : sans doute la circonstance d'avoir aliéné le fonds de commerce en s'en réservant la jouissance, pas plus qu'une stipulation de rente viagère sur la tête seule du mari, n'eût été susceptible, par soi-même, de faire déclarer l'aliénation frauduleuse, mais elle le devient du fait de l'existence de la clause commerciale dans le contrat.

1. Note signée M. P. sous D. 1905.1.33 précité

L'*intention* du mari apparaît manifestement dans l'acte de société : il a cherché un moyen de fausser le résultat du partage de la communauté devant résulter de la loi et de son contrat de mariage. Nous retombons absolument sur la définition générale de la fraude que nous avons déjà donnée.

Qu'on ne dise pas que le mari, qui peut vendre de son vivant, peut disposer pour le moment où il va mourir, car le contrat de mariage prévoyait précisément ce que deviendrait le fonds de commerce au jour du décès.

« La fraude consistait, conclut fort justement l'auteur de la note précitée, à employer un moyen de se réserver toute sa vie l'exploitation de son commerce tout en réglant le sort du fonds après sa mort *contrairement aux clauses du pacte matrimonial*. Par quel autre procédé le mari pourrait-il agir plus complètement en fraude des droits de sa femme ? »

2° Hypothèse de l'article 1167. — Dans le paragraphe précédent, ce n'est qu'implicitement que nous avons vu la Jurisprudence admettre qu'un acte à titre onéreux, accompli par le mari, puisse être annulé pour fraude, l'acte attaqué étant en réalité une donation prohibée.

Mais quand il n'y a pas eu simulation, la jurisprudence, en face d'un acte à titre onéreux réel et sérieux, s'est placée pour le faire tomber dans l'hypothèse du créancier faisant annuler les actes de son débiteur faits en fraude de ses droits.

Nous avons déjà vu la jurisprudence faire ce rap-

prochement pour faire tomber celles des dispositions à titre gratuit qui ne relèvent que du droit commun, les présomptions légales de fraude n'étant point applicables.

De bonne heure, la jurisprudence a fait application de ce principe tout à fait conforme à la doctrine de Guy Coquille, aux actes à titre onéreux. Rappelons les circonstances d'un arrêt de Colmar du 25 février 1857 (1).

Un sieur Hochnaendel, cultivateur, marié sous le régime de la communauté, vend au cours du mariage à un sieur Hirsch pour une somme de 5.000 francs, vingt pièces de terre qui, ayant été acquises au cours du mariage, étaient donc immeubles de communauté. Cette qualité des biens avait été déclarée telle dans le contrat mais le vendeur avait fait ajouter que sa femme n'avait pourtant aucun droit à exercer sur ces immeubles puisqu'aux termes de l'article 1421 du Code Napoléon, il pouvait valablement les vendre sans le concours de celle-ci, tant et aussi longtemps que la communauté n'était pas dissoute.

Mais quelques mois plus tard la femme introduit contre son mari une demande en séparation de corps qui est prononcée par jugement du tribunal.

Puis elle dirige contre son mari et contre les tiers acquéreurs des immeubles de communauté une action en nullité arguant :

1° De ce que la vente a été faite en fraude de ses

1. D. 57.2.88.

droits d'où elle requiert application de l'article 1167 du Code Napoléon ;

2^o Subsidiairement de ce que cette vente n'est au fond qu'une libéralité déguisée et qu'elle contient au profit du soi-disant acheteur une disposition à titre gratuit prohibée par l'article 1422 du même Code.

Ce moyen subsidiaire invoqué par la femme, qui, s'il avait réussi nous aurait ramené à l'espèce de Bordeaux du 7 février 1878, reposait sur l'argumentation suivante : la vente, au dire de la femme, n'avait pas été faite au juste prix mais au contraire à vil prix. Elle estimait donc qu'il y avait *disposition à titre gratuit* pour toute la différence pouvant exister entre la valeur réelle des biens aliénés et le prix contenu dans l'acte.

Mais la Cour de Colmar n'admit pas cette manière de voir. Ce raisonnement, estima-t-elle, qui tend à faire du même contrat à la fois une vente et une disposition à titre gratuit ne peut se soutenir. En admettant même que les 5.000 francs stipulés au contrat ne soient pas une juste représentation de la valeur des immeubles aliénés, ce fait constitue seulement une vente faite dans de mauvaises conditions de la part du vendeur, une vente faite à vil prix. Cette circonstance *pourrait être un élément de fraude* mais ne constituerait pas une donation.

Ce moyen subsidiaire écarté, la Cour aborde dans le vif le cœur du problème, c'est-à-dire la question de savoir si un acte à titre onéreux peut être annulé

conformément à l'article 1467 du Code civil comme fait en fraude des droits de la femme.

A l'action de la femme, à défaut du mari qui ne comparait pas, le tiers acquéreur objecte (1) :

Que la femme n'a pas qualité pour agir : qu'en effet le contrat de vente incriminé n'a pu être fait en fraude de ses droits puisqu'au moment du contrat elle n'avait encore aucun droit acquis sur les biens de la communauté dont le mari pouvait disposer en toute liberté et sans son concours, aux termes de l'article 1421 du Code civil.

A cette objection qui soulève la fameuse question de la nature juridique des droits de la femme sur la communauté et que nous avons précédemment étudiée la Cour va répondre d'abord :

« Considérant que si, durant la communauté, la femme n'a aucun droit actif sur les biens qui la composent ; que si par respect pour l'autorité maritale elle est obligée d'en abandonner l'administration au chef de la communauté ; que si même elle ne peut s'opposer à l'aliénation des biens qui sont cependant le produit d'un labeur commun et qui parfois même ne sont dus qu'à ses soins et à son économie, il n'est cependant pas exact de soutenir que

1. Il objecte en outre un moyen de forme tiré de ce que la femme n'a contre lui qu'une action subsidiaire qu'elle ne saurait exercer qu'après avoir épuisé son droit contre son mari par une action principale. La Cour, sans dénier l'exactitude en droit de ce principe, se contente de repousser l'objection en fait, étant établi que le mari est insolvable. Au fond ce sera presque toujours parce que le mari est insolvable que la femme agira contre le tiers acquéreur.

la femme n'a aucun droit acquis sur les biens de la communauté aussi longtemps que cette communauté subsiste ; que tout au contraire son droit à la moitié de ces biens s'acquiert et se constitue en même temps que le droit de son mari lui-même sur l'autre moitié ; que la fortune de la femme relativement à ces valeurs communes s'établit, s'accroît ou se perd, à mesure que la communauté elle-même acquiert, s'enrichit ou se ruine ; qu'en d'autres termes la femme est dans la communauté un associé pour moitié, un associé inerte, muet, dormant si l'on veut mais qui se réveille et qui reprend et parole et action pour faire tomber les actes faits au préjudice de ses droits, une fois que la dissolution de la communauté lui a rendu sa liberté... »

Puis voici maintenant affirmé le principe que la fraude vicie l'acte à titre onéreux :

... « Au fond, considérant que si le législateur a accordé au mari comme chef de la communauté un droit à peu près absolu sur les biens qui la composent, s'il peut les administrer comme il lui plaît, les hypothéquer, les aliéner, les vendre sans le concours de sa femme, ce droit si absolu, si étendu qu'il soit *a pourtant pour limite la fraude* : la fraude faisant exception à tous les principes, et la loi si elle admet que la femme puisse souffrir de la légèreté ou de l'incapacité du mari, ne pouvant pas admettre au moins que cette femme devienne victime d'actes qui auraient été machinés en haine de ses droits et

de ses intérêts de la part de celui-là même qui avait mission de la protéger et de la défendre. »

Puis après de nombreux autres considérants qui sortent des limites de cette question et qui ont trait notamment à l'article 271 du Code civil que nous examinons dans le chapitre suivant, la Cour conclut :

... « Que les magistrats, *si la fraude leur est démontrée*, ont, non seulement le pouvoir, mais le devoir de la proclamer et de la punir en brisant les actes qui la contiennent par application de cette règle de droit et d'équité : *Malitiis non est indulgendum*.

« Considérant *en fait*..., etc. »

Les arrêtistes qui nous ont rapporté cette décision ne nous ont pas mis sous les yeux cette argumentation de fait d'où il résultait, à leur avis *que la fraude leur était démontré* puisqu'ils ont donné gain de cause à la femme.

Ces considérations de fait étaient vraisemblablement :

1° Les circonstances qui avaient motivé la séparation de corps des époux ; leur mésintelligence ;

2° Le fait que la vente englobait tous les biens immeubles (peut-être tout l'actif commun) de sorte qu'il ne restait rien à la liquidation ;

3° L'insolvabilité du mari à la suite de cette opération et qui interdit à la femme toute idée de récompense ;

4° Il faut ajouter la vileté du prix que la Cour n'a pas retenu en tant que prouvant une simulation mais

qu'elle a dû retenir comme élément de preuve de la fraude et de la complicité du tiers acquéreur.

De tous ces éléments de fait, se dégage alors *l'intention du mari*, l'intention malicieuse d'appauvrir la communauté et de frustrer sa femme. Cette dernière est bien là, dans une situation semblable à celle d'un créancier qui agit en vertu de l'action Paulienne, et ce qui importe avant tout, ce n'est pas tant de poursuivre le mari à raison de son enrichissement que de *faire rentrer dans la communauté le bien qui est entre les mains d'un tiers*. La femme a d'autant plus intérêt à agir de cette manière que l'enrichissement du mari peut être pratiquement très inférieur à l'appauvrissement de la communauté si on suppose que la vente a été faite à vil prix.

3° Actes matériels de détournement frauduleux. — Le recours possible contre le tiers acquéreur de mauvaise foi donne à la femme une garantie sérieuse contre la fraude du mari. Mais on peut se trouver en présence de tiers de bonne foi ou n'avoir aucun recours contre le nouveau propriétaire du bien, ou même ne pas retrouver du tout le tiers acquéreur du bien frauduleusement vendu par le mari. C'est le cas lorsqu'il s'agit de vente d'objets mobiliers à des personnes qui ont disparu ou qui sont protégées par l'article 2279 du Code civil, ou enfin de valeurs mobilières vendues à la bourse.

Dans ce cas, c'est au mari et au mari seul que la femme peut réclamer restitution des biens aliénés.

La situation de la femme est ici très mauvaise, d'abord parce que le mari peut être insolvable.

Mais en admettant qu'il soit solvable, il est administrateur sans contrôle : il peut objecter avoir dissipé les valeurs qu'il ne peut représenter ou le prix des objets vendus et n'avoir tiré aucun avantage personnel, aucun enrichissement de ces opérations qui ne seraient, en définitive, si déplorables qu'elles soient, que des actes ressortissant de ses pouvoirs d'administrateur.

Peut-on, même s'il est impossible de prouver au mari qu'il a tiré un avantage de l'opération, lui faire rendre gorge en disant qu'il a agi frauduleusement par des actes matériels de détournement au préjudice de la communauté ?

La Jurisprudence l'a admis et avec raison, car avec le développement de la fortune mobilière, ce genre de fraude peut devenir extrêmement grave. Qu'on en juge par cette espèce qui a fait l'objet d'une décision de la Cour de Paris du 12 février 1903 (1).

Une veuve sans enfants possédant une jolie fortune (300.000 francs environ) avait été recherchée en mariage par un sieur K... qui, dans l'impossibilité d'abord de pouvoir se déclarer quelque bien avait, pour faire agréer plus sûrement sa demande, accusé 140.000 francs de fortune personnelle au cours des pourparlers précédant le mariage, se déclara

1. D. 1904. 2.353.

rant prêt à fournir les justifications les plus précises pour qu'on ne puisse douter de sa loyauté. En réalité, il ne devait pas fournir ces justifications.

Le mariage décidé, la femme veut adopter le régime de communauté réduite aux acquêts. Mais le sieur K... comprenant que la réalité de ses prétendus apports ne résisterait pas à l'examen d'un homme d'affaires, s'ingénie à détacher sa future épouse de la famille qui l'entoure en province, discrédite auprès d'elle son conseil, un honorable avoué, et la décide à se rendre à Paris où le mariage est célébré précipitamment *sans avoir été précédé d'un contrat*.

Aussitôt marié, le sieur K... s'empresse de se faire remettre pour les dénaturer toutes les valeurs mobilières qu'il pouvait vendre à l'insu de sa femme et qui s'élevaient à plus de 140.000 francs.

En même temps, il change complètement d'attitude et, comme le constatera le jugement de séparation de corps qui devait intervenir, « après avoir multiplié les protestations de dévouement et de tendresse, pour amener la veuve W., à contracter mariage avec lui, et en vue d'obtenir des avantages pécuniaires, a, une fois le mariage accompli, donné à sa femme les témoignages les moins équivoques non seulement de son indifférence mais de son antipathie ».

Au bout de six mois à peine de ménage, la vie commune en effet est devenue si intolérable que la femme demande la séparation de corps et l'obtient.

A la liquidation, stupéfaction du notaire d'entendre

le sieur K... déclarer qu'il n'existait rien ni des 142.500 francs de sa fortune personnelle, ni des valeurs mobilières qu'il avait reçues de sa femme de sorte que pour tout actif, il ne restait qu'une créance que le mari n'avait pu s'approprier.

Or, pour toute explication, le mari se contente de dire qu'il fréquentait les cercles, qu'il était joueur et qu'il avait tout perdu au jeu.

Que faire ?

En ce qui concerne les 142.500 francs de soi-disant fortune personnelle du mari, aucune preuve. Impossible d'en faire état.

Mais *quid* de la fortune mobilière de la femme qui s'élevait au jour de son mariage à plus de 300.000 fr. et qui était tombée en communauté ? La moitié heureusement consistait en une créance indisponible, mais il y avait pour plus de 150.000 francs de valeurs au porteur, d'emprunts d'Etat, d'obligations de chemin de fer ou d'actions de sociétés anonymes.

On devait bien retrouver trace de la vente de la plupart des titres à la Bourse, mais impossible ici d'agir contre un tiers responsable.

Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris, analysant longuement dans leurs décisions tous les éléments de fait du procès, concluent l'un et l'autre que tous les faits de la cause démontrent qu'il y a eu fraude. Mais le Tribunal dira :

« Attendus que ces différents faits... constituent des présomptions suffisantes pour établir que K...

a administré frauduleusement les biens de la communauté;

Attendu qu'il est de principe que le mari doit non seulement récompense à la communauté quand il en a tiré un profit personnel, mais qu'il doit encore indemnité quand il a frauduleusement fait disparaître les valeurs versées entre ses mains ;

« Attendu par suite que c'est à bon droit que le notaire liquidateur a porté à la masse active la somme de 141.419 fr. 27 pour *récompense* due par le sieur K... à la communauté et la somme de 13.208 fr. 45 pour intérêts de cette somme..., etc. »

Et la Cour devra préciser :

« ... Que c'est avec raison que l'état liquidatif a mis à la charge de K... une dette de 154.307 francs...

« Considérant que si cette dette n'a point, à proprement parler, le caractère d'une récompense mais plutôt d'un *rétablissement d'éléments d'actif* que le mari avait fait dolosivement disparaître de la communauté, cette différence dans les termes ne peut exercer aucune influence sur les opérations de la liquidation et sur ses résultats... »

La Cour a raison de corriger par le mot rétablissement d'éléments d'actif, c'est-à-dire *indemnité* le mot de récompense employé par le tribunal dans son dernier attendu. Simple lapsus d'ailleurs, puisque le tribunal avait nettement précisé plus haut qu'il y avait lieu, non seulement à récompense pour enrichissement, mais à indemnité pour fraude.

La question est d'importance ici, car la fraude

c'est le détournement de 150.000 francs de valeurs et c'est de cela que le mari doit compte. L'enrichissement, au dire du mari, serait nul puisqu'il déclare avoir tout perdu au jeu et en admettant, comme il est probable, qu'il trahisse la vérité, comment et à concurrence de combien pourra-t on prouver cet enrichissement ?

Enfin en prouvant à la fois la fraude et le détournement matériel, la femme peut rendre le mari passible des dispositions spéciales en matière de divertissement et de recelé (art. 1477 du Code civ.). Mais en l'espèce ce moyen n'avait pas été invoqué et on comprend ainsi que la Cour ait estimé que la différence dans les termes ne pouvait exercer aucune influence sur les résultats de la liquidation.

Quand la fraude du mari prend le caractère d'acte matériel de détournement de valeurs elle appelle deux observations : l'une relative à la preuve, l'autre tendant à établir la relation qui existe entre la fraude et le divertissement ou le recelé.

OBSERVATION I. — *Administration de la preuve*

Nous avons dès le principe, signalé la difficulté qu'il y avait en matière de fraude à rapporter la preuve de l'intention frauduleuse du mari.

En ce qui concerne les modes de preuve, on admet d'abord en toute hypothèse, que tous sont possibles : témoignages et présomptions. C'est

évident puisqu'il s'agit de *faits* qui ont le caractère frauduleux et qui sont de telle nature que le conjoint qui en a été victime ne pouvait s'en réserver une preuve écrite (art. 1348, C. civ.) (1).

Seule est exclue la preuve par commune renommée qu'aucun texte n'autorise en cette matière (2).

Mais l'administration de la preuve soulève un problème particulièrement délicat dans l'hypothèse que nous envisageons actuellement. Voici comment se présente couramment la question en pratique :

Il est rare que, comme dans l'espèce relatée plus haut, le dépouillement de la femme ait été prémédité dès le jour du mariage. Mais il s'agit généralement d'époux vivant en mauvaise intelligence. Une période de séparation de fait plus ou moins longue a précédé généralement la demande en divorce ou en séparation de corps que la femme, lassée, intente finalement contre le mari. Dans cette période, le mari a toute liberté pour dénaturer les biens de communauté, pour les faire tourner à son bénéfice personnel ou les dissiper en haine de sa femme, en prévision d'une liquidation de la communauté.

Quand le divorce ou la séparation ont été prononcés, ce n'est qu'à la liquidation, à laquelle procède le notaire commis, que la femme s'aperçoit de la

1. Dans ce sens : Laurent, *Principes du droit civil français*, t. IX, n° 341 ; Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1354 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, n° 1167 ; Req. 10 mai 1892. D. 93.1.439.

2. Civ. rej. 9 juillet 1901. D. 1902.1.35, notes 1-2.

disparition de biens communs que le mari a soustrait à la communauté.

La femme peut-elle demander au mari ce que sont devenues ces valeurs et faute par le mari d'en justifier, peut-elle l'en faire déclarer comptable?

Il y a là quelque chose de très délicat à admettre puisqu'il est reconnu que le mari est un administrateur sans contrôle et nous avons admis nous-même qu'il était de l'essence même de ses pouvoirs et de la communauté qu'il n'eût pas à rendre compte.

D'autre part, n'est-ce pas dans ce cas, rendre à la femme la preuve impossible du détournement frauduleux du mari, et faire échec par conséquent à cet autre principe également admis par nous, que la fraude doit limiter en toutes circonstances les pouvoirs maritaux?

Diverses théories ont été émises :

D'après Laurent (1), la femme ne peut contraindre le mari à dire ce qu'il a fait des valeurs disparues. C'est à elle de prouver que le mari a tiré profit de la communauté. Quant au mari défendeur il n'a rien à prouver.

D'après Guillouard (2), au contraire, la femme doit seulement prouver que les valeurs litigieuses existaient bien dans la communauté, peu avant la demande en séparation. C'est au mari à expliquer ensuite comment elles en sont sorties.

La jurisprudence a préféré le système de Guil-

1. Laurent, *Principes de Dr. civ. fr.*, t. XXII, n° 6.

2. Guillouard, *op. cit.*, t. II, n° 740.

louard. Elle l'a affirmé à plusieurs reprises, et c'est l'application de ce système que nous retrouvons dans une espèce ayant fait l'objet d'un arrêt de Cassation du 11 novembre 1875 (1) et que nous allons rapporter pour montrer les difficultés pratiques auxquelles ce genre d'affaires peut donner lieu au point de vue de la preuve.

Deux époux commerçants en province, mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, se brouillent par suite de l'inconduite du mari qui, à un moment donné, vend le fonds de commerce qu'il exploitait, abandonne sa femme et va vivre à Paris avec une concubine. La femme abandonnée se décide à intenter une action en séparation de corps qui est effectivement prononcée par jugement du tribunal. Mais au moment de la liquidation, des difficultés surgissent entre les époux sur la consistance de l'actif : la femme prétendant, outre les 316.366 fr. représentés par le mari, qu'il dépendait encore de la communauté diverses sommes et valeurs s'élevant à 178.238 fr. 70.

Le Tribunal est saisi de la difficulté mais n'a pas à statuer par suite de la réconciliation des époux.

Suivent treize ans de nouvelle vie commune, sans que la communauté dissoute et non rétablie eut été liquidée ou réglée. Puis le mari meurt, laissant en face de sa veuve un de ses amis légataire universel. Liquidation de la communauté. Procès sur la ques-

1. S. 96.1.281, note de M. C. Houpin.

tion de la composition de l'actif de communauté ; la femme reprochant au notaire de n'y faire figurer que les valeurs existantes au jour de la dissolution de la communauté. Le tribunal civil de la Seine, au contraire, rectifiant le travail du notaire, ordonne qu'il sera ajouté à la masse active de la communauté diverses sommes et valeurs existant trois ans avant la séparation judiciaire *non représentées par le mari et de l'emploi desquelles il n'était pas justifié*.

Arrêt confirmatif de la Cour de Paris.

Pourvoi en Cassation du légataire universel, notamment pour violation des règles de la preuve (art. 1315, C. civ.).

Sur cette question, l'arrêt de la Cour de cassation décide :

« ... Attendu que si le mari a aux termes des articles 1421-1422 du Code civil le droit de disposer des biens de la communauté, il ne peut les détourner en fraude des droits de la femme ; que la femme commune peut donc lors de la liquidation faire porter à l'actif de la communauté les *valeurs qu'elle justifie, même par simples présomptions avoir été frauduleusement dissimulées ou diverties par son mari au cours de son administration*.

« Qu'en fait, des circonstances et des documents de la cause, ainsi que du rapport des experts par eux nommés, les juges du fond ont déduit la preuve que des dissimulations et des détournements de valeurs communes avaient été commis par G... à

partir de 1869 (1) et que c'est en conséquence de ces constatations que par appréciation souveraine ils ont fixé la consistance de l'actif commun des époux au 28 février 1872, date légale de la dissolution de la communauté. »

En somme, on aboutit encore ici au profit de la femme à un rétablissement d'actif qui représente une indemnité pour fraude du mari, et les juges arrivent à cette conclusion par suite des considérations de fait suivantes :

Quand le mari a abandonné le domicile conjugal pour partir avec une concubine, il existait un certain nombre de valeurs que trois ans plus tard, au moment de la demande en séparation de corps, il n'avait pas représenté et dont ni lui, ni après son décès, son légataire universel *n'avait pu indiquer l'emploi*.

Qu'on se souvienne qu'il y en avait pour près de 180.000 francs : le Tribunal jugeant en fait a donc estimé que ces sommes n'avaient pas été simplement dépensées par le ménage irrégulier dans les trois ans. — Et pourtant ce n'était pas impossible en soi ! — Sans doute le défendeur n'avait pas justifié de cet emploi, mais le mari était mort et le légataire ne savait probablement rien.

Ce n'est donc pas bien sûr, au fond, que la femme faisait, par présomption, la preuve que les valeurs litigieuses n'avaient pas seulement été dépensées

1. C'est-à-dire trois ans avant la dissolution de la communauté.

mais détournées par le mari au préjudice de la communauté. Il est vrai qu'en l'espèce, la femme justifiait par d'autres circonstances, notamment par une expertise judiciaire que le mari avait tenté de dissimuler divers éléments d'actif à son préjudice et cette circonstance a certainement contribué, en fait, à dicter la décision prise (1).

Mais ce qui reste de cette décision, c'est le principe admis par la Jurisprudence que le mari doit justifier de la réalité de l'emploi des sommes et valeurs non représentées, principe auquel elle semble accorder une portée générale. De sorte qu'en toute circonstance, à la liquidation de la communauté, un mari, même non suspect de fraude serait comptable envers la communauté des valeurs disparues, de l'emploi desquelles il ne pourrait justifier.

Aussi a-t-on proposé un nouveau système relatif à la preuve en pareil cas :

Il faut, d'après M. Houpin (2), faire la distinction suivante :

a) S'il y a eu fraude du mari :

La femme pourra par tous moyens de preuve, même par simples présomptions établir la consistance des biens existant à la dissolution de la communauté. Exemple : la femme établit qu'il y avait peu avant la dissolution de la communauté des valeurs importantes non représentées par son mari et dont celui-

1. V. Conf. cass., 27 nov. 1861. S. 1862.1.489.

2. Note de M. Houpin au Sirey, 96.1.281. Comp. avec note sous Paris, 12 fév. 1903. D. 04.2.353.

ci se refuse à indiquer l'emploi. « Le Tribunal, dit M. Houpin, pourra admettre qu'elles ont été dissimulées par le mari ou que celui-ci les a employées à son profit personnel et décider par suite qu'elles seront comprises dans l'actif à partager. »

b) En cas d'absence de fraude du mari.

Le mari dans ce cas n'aurait pas à justifier de l'emploi qu'il a fait des sommes et valeurs existantes au cours de la communauté. Il a la libre disposition des biens communs et si la femme ou ses héritiers prétendent à la dissolution qu'il doit exister d'autres biens que ceux qui sont représentés, il leur appartient d'en fournir la preuve. « Mais le mari, dit M. Houpin, ne saurait être rendu responsable des valeurs existantes au cours de la communauté, surtout à une époque éloignée de la dissolution, par ce seul fait qu'il ne justifierait pas du sort de ces valeurs. Ce serait porter atteinte à ses pouvoirs d'administration et de disposition et réduire son rôle à celui d'un simple mandataire. »

Dans le sens de cette doctrine on peut citer un arrêt de cassation du 19 janvier 1886 (1) qui admet qu'en dehors du cas de fraude, le mari ne peut être tenu pour responsable de valeurs ayant existé en communauté et qu'il ne représente pas, sans dire ce qu'il en a fait :

« C'est aux héritiers de la femme, dit cet arrêt, à rapporter la preuve des faits établissant la réalisa-

tion de ce profit comme aussi, au cas où il est prétendu que les actes accomplis par le mari sont entachés de dol et de fraude, à faire la preuve des manœuvres dolosives et frauduleuses.

« Attendu que, contrairement à ces principes l'arrêt attaqué sans relever les circonstances d'où il résulterait que T... aurait employé à son profit exclusif les sommes empruntées par lui en 1879 et 1880 et sans constater à sa charge aucun acte frauduleux, s'est borné pour le condamner à récompenser la communauté du montant du fonds provenant des dits emprunts, à déclarer qu'à raison du défaut ou du refus de toutes justifications régulières sur l'emploi du fonds, T... devait être réputé en avoir fait un profit personnel ; qu'en mettant ainsi à la charge du mari une preuve qui incombait aux héritiers de sa femme, la Cour de Besançon a faussement appliqué l'article 1437 et violé ledit article et l'article 1315 du Code civil, etc. »

Le système de M. Houpin nous paraît très équitable mais il suppose qu'il y a pour établir la fraude du mari d'autres éléments que le détournement de valeurs lui-même ou au moins que la preuve du détournement frauduleux peut être établie par le profit personnel que le mari en a tiré.

Mais supposons, dans le cas par exemple si fréquent de ces ménages où une profonde mésintelligence des époux ne revêt pourtant aux yeux des tiers aucun éclat, que le mari n'ait laissé d'autres traces de ses intentions frauduleuses que le détournement de

valeurs dont on s'apercevra à la liquidation seulement et qu'ayant voulu avant tout agir en haine de sa femme il n'ait cherché aucun profit personnel de ce détournement ; qu'il ait, par exemple, à l'insu de tous, fait un don manuel important à une concubine ; il sera impossible dans le système de M. Houpin de lui rien réclamer à la dissolution puisqu'il peut se contenter de déclarer avoir dépensé les sommes manquantes au cours de la communauté sans avoir à justifier même de la réalité de ces dépenses.

La jurisprudence, au contraire, lorsque la liquidation révèle ainsi de façon inattendue que des valeurs manquent à l'actif de la communauté somme le mari de s'expliquer : de même quand il porte dans son compte à la charge de la communauté certaines dépenses, il est tenu, *même en dehors de toute suspicion*, de prouver non pas l'utilité ou la légitimité de ces dépenses, mais leur *réalité*, leur *matérialité* si celle-ci est contestée (1). Et c'est quelquefois le seul moyen de découvrir et de réprimer la fraude du mari.

Mais il faut reconnaître que cette Jurisprudence très favorable à la femme porte un des coups les plus sérieux qu'on puisse donner aux pouvoirs du mari et qu'elle ne tend à rien moins qu'à effacer le principe que le mari, administrateur sans contrôle, n'a pas à rendre compte de sa gestion.

Mais la Jurisprudence n'a pas toujours estimé

1. Dans ce sens Paris, 19 mai 1870. D. 71.2.40 ; Civ.cass., 7 janvier 1890. D. 91.1.256 ; Bordeaux, 16 avril 1896. D. 99.2.388.

nécessaire ce renversement de la preuve à la charge du mari pour acquérir, en cas de surprise à la liquidation, la conviction d'un détournement frauduleux : si les dépenses mises par le mari à la charge de la communauté et non justifiées par lui, paraissent véritablement anormales, elle n'hésite pas à les déclarer frauduleuses, même en dehors de tout enrichissement personnel du mari, dès qu'elle trouve dans les éléments de la cause l'indice de l'intention malveillante de ce dernier à l'égard de sa femme.

C'est le cas d'une espèce ayant fait l'objet d'un arrêt de la Chambre civile du 8 juillet 1912 (1).

Il s'agissait de deux époux mariés sous le régime de communauté d'acquêts vivant en assez mauvaise intelligence.

Le mari aliène, arrière de sa femme des biens de communauté : il fait une première aliénation de valeurs sans emploi à concurrence de 23.699 fr. 30. Puis trois ans plus tard, et sentant peut-être sa fin prochaine, une deuxième aliénation de biens de communauté à concurrence de 10.543 fr. 65. Le total des valeurs ainsi aliénées représentait le tiers de l'émolument de la communauté que le mari faisait ainsi disparaître frauduleusement.

Deux mois après la deuxième aliénation, le mari meurt instituant une dame C... sa légataire universelle et déshéritant sa femme de son usufruit légal.

A la liquidation, des difficultés s'élèvent sur la

consistance de l'actif où on ne retrouve plus aucune trace des 34.000 francs aliénés. La veuve demande que ces sommes soient rétablies à l'actif de la communauté.

Le Tribunal de Saumur, et la Cour d'Angers après lui (1), déclarent les aliénations faites, frauduleuses, et se basent pour motiver leurs décisions sur l'intention caractérisée du mari de frustrer sa femme. Les juges du fond relèvent à cet effet, outre la circonstance que les époux vivaient en mauvaise intelligence *l'impossibilité qu'il y avait d'assigner aux aliénations litigieuses d'autre motif plausible* que celui de diminuer autant que pouvait le faire le mari les reprises de sa femme :

« Attendu, en effet, dit le jugement que les époux M... ont toujours mené une existence des plus simples, des plus économes et qu'il n'apparaît pas qu'un événement susceptible d'occasionner d'aussi forts déboursés ait traversé leur vie à un moment quelconque. »

L'intention malveillante du mari était aux yeux des juges suffisamment confirmée par son testament où il déshéritait sa femme de son usufruit légal et l'esprit de fraude « flagrante » par la date à laquelle le mari avait fait la deuxième aliénation, c'est-à-dire quelques mois seulement avant son décès.

Au total, le Tribunal et la Cour se contentent de quelques présomptions pour admettre comme frau-

1. Jugement du 30 mars 1907 et arrêt du 28 juillet 1908.

duleux et constituant un détournement de valeurs de communauté deux actes d'administration du mari dont l'un d'eux remonte cependant à plus de trois ans du jour de la dissolution de la communauté. Ils se montrent par conséquent très larges au point de vue de l'administration de la preuve.

Devant l'orientation de cette jurisprudence est-il encore possible de dire que le mari est un administrateur irresponsable ? La répression de la fraude apparaît ici véritablement un frein qui interdit au mari tout acte d'administration qui ne soit pas tout à fait loyal et correct.

OBSERVATION II. — *Distinction entre la fraude et le divertissement ou le recelé.*

Toute fraude ayant pour but de soustraire certaines valeurs au partage de la communauté constitue d'après la jurisprudence un recelé au sens de l'article 1477 du Code civil (1).

Cette conséquence de la fraude est extrêmement intéressante pour la femme qui a tout intérêt à prouver le recelé car il en résulte dans la sanction une différence assez notable et toute à son avantage.

En prouvant la fraude, la femme obtient que le bien qui a fait l'objet d'une aliénation frauduleuse soit remis dans la masse à partager. En prouvant le

1. Req., 6 juin 1894. D. 94.1.524.

divertissement, elle obtient le droit de se faire attribuer exclusivement l'intégralité des valeurs détournées.

Mais encore faut-il que la femme réclame l'application de l'article 1477 et prouve le recelé. C'est à la femme qui allègue le détournement à le prouver suivant la règle générale : *onus probandi actori incombis*. Cette preuve, dit la doctrine générale (1), est laissée à l'appréciation des juges du fond et elle peut résulter, suivant les circonstances, de présomptions graves, précises et concordantes. Quand les tribunaux admettent que des valeurs ont été détournées et qu'elles doivent être replacées dans la masse à partager, *ils doivent* à la demande de l'épouse lésée appliquer l'article 1477.

La Jurisprudence ne distingue ni les moyens employés par le mari pour arriver au détournement de biens communs, ni la nature des objets recelés : les mots *effets de communauté* dont se sert l'article 1477 du Code civil comprenant indifféremment les immeubles, les meubles incorporels ou corporels et particulièrement les sommes d'argent (2).

Dans les espèces que nous avons commentées dans notre dernier paragraphe, où la fraude consistait en un détournement de valeurs au préjudice de la communauté, il y avait en outre un recelé.

1. Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1354 ; Houpin, note sous Civ., 11 nov. 1895, précité. S. 96.1.281.

2. V. note de M. Guénée sous Civ., 8 juillet 1912. D. 1913.1.409. et références.

Est-ce à dire qu'il faille, dans ce cas, confondre la fraude et le recelé ? Non : « Le recelé, dit M. Guénée, résulte de l'omission à l'inventaire de valeurs dépendant de la communauté et si aucun inventaire n'est dressé, de déclarations frauduleuses, de dissimulations faites lors de l'évaluation de la masse à partager et de la liquidation des droits des copartageants. »

Il peut donc y avoir un recelé à la liquidation sans qu'il y ait eu préalablement de manœuvres frauduleuses. Mais est-ce que tout acte frauduleux n'aboutit pas au divertissement et au recelé ? Souvent les deux choses se confondent. La fraude du mari s'analyse, en effet, pratiquement en une manœuvre occulte dont le résultat est une disparition de sommes ou de valeurs, disparition dont on ne s'aperçoit qu'à la liquidation.

Mais, au moment de la liquidation, il faut distinguer suivant que le mari est survivant ou au contraire est prédécédé :

1^o *Cas du mari survivant.* — Il y a chance qu'ici la fraude se complique toujours de divertissement et de recelé : car si le mari a entendu par des actes de disposition faits pendant la durée de la communauté en fraude des droits de sa femme s'attribuer des avantages particuliers sur la communauté et fausser ainsi les bases légales du partage à la dissolution de cette communauté, ce n'est pas pour remettre toutes choses en état à la liquidation, et il consommera là au contraire, par une fausse déclara-

tion le recelé qu'il avait préparé, longtemps à l'avance peut-être, par des aliénations frauduleuses. C'est le cas de l'espèce jugée par arrêt de Paris, 12 février 1903 (1) que nous avons rapportée précédemment et où le mari après avoir dès le début du mariage dénaturé 150.000 francs de valeurs mobilières de la communauté déclare à l'inventaire qu'il les a perdus au jeu. Nous avons vu néanmoins que dans cette affaire le mari n'a pas été frappé par la sanction spéciale de l'article 1477 du Code civil. Mais cela tient uniquement à ce que la femme ne l'avait pas demandé : ni le Tribunal ni la Cour ne pouvaient y suppléer d'office.

Y a-t-il maintenant des cas où le mari survivant et convaincu de fraude ne mériterait pas les pénalités de l'article 1477 ?

Prenons le cas où il est manifeste qu'il n'ait pas gardé les sommes détournées par devers lui. S'il a agi en haine de sa femme plutôt que par idée de lucre et s'il s'est contenté de vendre des biens à vil prix, ou s'il a réellement dissipé les sommes soustraites à la communauté, est-il encore passible de l'article 1477 ?

Il semble qu'on doive l'admettre par argument *a fortiori* tiré de l'arrêt de cassation : Civ., 8 juillet 1912. Dans cette espèce la Cour de cassation a admis l'application des pénalités de l'article 1477 à un mari qui en aliénant des biens communs n'avait

1. D. 1904. 2. 353.

agi qu'en haine de sa femme et était décédé au moment de la liquidation. A plus forte raison, doit-on admettre cette solution si le mari est présent à la liquidation et refuse d'expliquer ou explique de manière invraisemblable l'emploi des sommes litigieuses.

Au contraire, dans une espèce comme celle qui a fait l'objet des arrêts de Liège, 22 juillet 1908 et de la Cour de cassation belge du 11 novembre 1909 que nous avons exposée dans notre chapitre IV, il était impossible d'imputer à la charge du donateur aucun acte de divertissement ou de recelé, encore que la fraude était manifeste.

2^o *Cas de la femme survivante.* — Supposons que le mari se soit rendu coupable au cours de la communauté d'agissements frauduleux au préjudice de sa femme et prédécède. Ces actes frauduleux, révélés à la liquidation seulement, donneront naissance à une action en nullité ou en indemnité (1) qui sera supportée par les représentants du mari comme par le mari lui-même. Mais est-il admissible de voir appliquer aux héritiers ou légataires du mari les pénalités de l'article 1477 du Code civil et qu'ils soient privés de tout droit dans les effets de communauté que leur auteur avait voulu s'approprier ?

La jurisprudence semble l'admettre à s'en tenir aux deux derniers arrêts que nous avons rapportés. Dans les deux espèces : Civ. 11 novembre 1895 (2)

1. Voir chapitre : Sanction des actes frauduleux.

2. S. 96. I. 281.

et Civ. 8 juillet 1912 (1) la Cour de cassation admet qu'il y a eu fraude et recelé, alors cependant que le mari est décédé et qu'on se trouve en présence dans les deux cas de légataires universels.

Mais la question est plus complexe et plusieurs hypothèses sont à envisager :

a) Les héritiers ou légataires universels ont été les auteurs ou les complices du détournement. Il n'y a aucun doute dans ce cas qu'ils soient passibles de l'article 1477, puisqu'ils sont soumis aux mêmes actions que l'époux qu'ils représentent. Dans l'arrêt du 8 juillet 1912, la légataire universelle avait eu connaissance de la fraude (une enquête l'avait établi, du vivant même du mari), et après le décès de celui-ci elle avait omis sciemment de déclarer les valeurs détournées lors des opérations de liquidation. Sa complicité ne faisait aucun doute par conséquent et c'est conformément à la doctrine générale (2), que l'article 1477 lui a été appliqué.

b) C'est le mari lui-même qui, de son vivant, a été l'auteur du recelé et il est prédécédé. Ses héritiers ou légataires vont-ils supporter à sa place les pénalités de l'article 1477 ?

Il faut d'abord remarquer qu'il est admis par la doctrine que le divertissement ou le recelé peuvent être constitués par des agissements du mari même antérieurs à la dissolution de la communauté (3).

1. D. 1913. 1.409.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 519, p. 427; Guillouard, *op. cit.*, t. III, n° 1364.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 519, p. 427; Guillouard,

C'est également ce qu'admet notre arrêt : Civ. cass. du 11 novembre 1895 (2).

On admet de même couramment en doctrine que les héritiers et les légataires doivent subir les conséquences du recelé et qu'ils ne sont pas recevables, pour s'y soustraire, à exciper de leur bonne foi personnelle, de l'ignorance où ils ont été des manœuvres frauduleuses de leur auteur (3). L'article 1477, dit-on, en effet, ne punit pas un délit mais un simple fait dommageable et en conséquence, ses dispositions s'appliquent aux héritiers de l'époux qui a diverti ou recelé bien que ce dernier n'ait été de ce chef ni condamné ni poursuivi (4). C'est encore le cas de l'arrêt du 11 novembre 1895. Le légataire dans ce cas recueille en quelque sorte dans la succession du mari cette obligation de réparer que l'époux coupable a contracté vis-à-vis de son conjoint.

Cette manière de voir est au fond extrêmement rigoureuse puisqu'on ne voit aucun moyen pour un légataire de bonne foi d'éviter cette sanction.

op. cit., t. III, n° 1353; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. II, n° 1162; Pothier prévoyait déjà que les effets omis dans l'inventaire pouvaient avoir été détournés par l'époux survivant, non seulement depuis la mort de l'époux prédécédé, mais aussi pendant sa dernière maladie (*Communauté*, n° 688 *in fine*).

2. Comp. note Martin sous Paris, 28 nov. 1898. D. 99.2.481.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 429; Guillouard, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 1364; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *id. ibid.*, n° 1164.

4. Note Houpin sous Civ. cass., 11 nov. 1895 précité. Dans ce sens : Req., 4 déc. 1844. D. 45.1.54.

Ou plutôt il n'y aurait qu'un moyen, ce serait la restitution lors de l'inventaire ou la déclaration spontanée de valeurs soustraites ou dissimulées. Mais encore faut-il que le légataire connaisse la fraude !

Cette conception de la doctrine semble pourtant bien admise par la jurisprudence. Si l'arrêt du 11 novembre 1895 évite de trancher la question, celui du 8 juillet 1912 l'admet formellement, encore que sa décision soit basée sur la complicité même du légataire. Il décide : « ...qu'un détournement de cette nature tombe sous le coup des dispositions de l'article 1477 du Code civil et que la pénalité prononcée par ce texte atteint, après le décès du mari, ses héritiers ou légataires alors du moins que ceux-ci, connaissant le divertissement commis par leur auteur n'ont pas spontanément déclaré les objets divertis ou recelés... ».

Les motifs de la Cour d'Angers, dont l'arrêt est confirmé, étaient plus explicites encore :

« Attendu que l'article 1477 du Code civil prive celui des époux qui a diverti ou recelé des effets de la communauté de sa portion dans lesdits effets ; — attendu que le jugement a, avec raison, considéré que cette disposition ne constitue pas une pénalité ayant un caractère personnel mais plutôt la réparation d'un dommage causé ; — qu'à ce titre les héritiers de l'époux décédé doivent l'encourir du chef de leur auteur ; que dans l'opinion contraire on arriverait à ce résultat inadmissible que si l'époux qui a commis le divertissement est décédé, l'héritier profitera du

produit de la fraude, ou tout au moins l'acte frauduleux n'aura pas de sanction... »

Ne perdons pas de vue que ces dispositions draconiennes de la Jurisprudence dans la répression de la fraude complètent des arrêts qui se sont montrés au contraire extrêmement larges et faciles quant à la preuve de la fraude elle-même et on se rend compte ainsi combien l'esprit des tribunaux est favorable à la femme et combien ceux-ci se montrent désireux de faire respecter ses droits.

Mais la théorie admise par la Jurisprudence n'a pas manqué d'être critiquée et on a fait remarquer qu'il n'était pas sûr que le divertissement ou le recelé puisse être *définitivement commis* par le mari avant la dissolution de la communauté.

« Nous ne pensons pas, écrit M. Guénée, que des manœuvres dolosives, des actes frauduleux accomplis par l'un des époux durant la communauté en vue de s'appropriier au préjudice de l'autre des valeurs qui en dépendent soient suffisants pour perpétrer un recelé ou un divertissement et entraîner à eux seuls l'application de l'article 1477 du Code civil. Ces manœuvres, ces actes, ne sont que l'origine, le commencement du recelé qui ne peut être que préparé tant que la communauté n'a pas pris fin. Il faut attendre la dissolution de la communauté, l'inventaire ou la liquidation, car c'est à l'époque où se font les comptes entre les époux ou leurs représentants que le recelé devient définitif par la dissimulation des actes antérieurs d'appropriation, la dissimulation

résultant d'ailleurs suffisamment d'un simple défaut de déclaration... » (1).

M. Guénée conclut qu'un héritier ou un légataire ne saurait être passible de la peine du recelé *du chef de l'époux défunt* lorsque celui-ci n'a pas survécu à la dissolution de la communauté. Mais il peut l'être de son chef si connaissant la fraude de son auteur, il la ratifie en quelque sorte par une dissimulation ou une omission à la liquidation. D'où les conséquences suivantes de cette doctrine : étant donné un mari qui a commis un acte en fraude des droits de sa femme :

A. — S'il meurt le premier, c'est-à-dire avant dissolution de la communauté :

a) Si ses héritiers sont de bonne foi ils ne sont pas touchés par les pénalités de l'article 1477 du Code civil;

b) S'ils sont de mauvaise foi ils sont frappés à raison de leur propre faute.

B. — Si le mari survit à la dissolution de la communauté (mort de la femme, séparation ou divorce) mais s'il meurt avant que n'ait été invoqué contre

1. On fait valoir en faveur de cette opinion que l'article 1477 ne peut recevoir son application qu'après la dissolution de la communauté. Donc, c'est que jusque-là, il n'y a pas eu divertissement ou recelé *consommés* mais seulement *préparés*. V. Conf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. II, n° 1162. Pothier lui-même, fait-on remarquer, ne voit au fond dans les actes avant dissolution de la communauté qu'une préparation d'un recelé qui ne sera consommé que par l'omission à l'inventaire. Un arrêt de Rennes, 6 février 1862. D. 63. 2. 61 serait enfin dans le sens de cette opinion

lui la pénalité de l'article 1477, les héritiers ou légataires en seront passibles de son chef même, s'ils sont de bonne foi car ici, d'accord avec la première théorie, la nouvelle doctrine admet qu'il s'agit, non d'une pénalité personnelle, mais d'une obligation civile dont les héritiers sont tenus comme l'ayant trouvé dans le patrimoine de leur auteur.

Cette théorie qui fait une distinction aussi subtile que juridique mais qui ne profite, en définitive, qu'au seul héritier ou légataire de bonne foi quand la communauté est dissoute par la mort du mari trouvera-t-elle sa place en jurisprudence ? La pratique montre que dans la plupart des cas le légataire universel institué par le mari fraudeur en haine de sa femme est peu intéressant et qu'il a été plus ou moins complice de ce dernier. Et c'est, en définitive, ce qui dans l'arrêt du 8 juillet 1912, a confirmé les juges du fond dans leur manière de voir : l'arrêt d'Angers en effet déclare au surplus de son argumentation : « qu'il résulte des documents de la cause que la dame C... a omis sciemment dans les diverses occasions qu'elle a eues d'être sincère, de déclarer les valeurs détournées... ».

CHAPITRE III

CAS PARTICULIER DE L'INSTANCE EN DIVORCE OU EN SÉPARATION DE CORPS

Tout l'effort jurisprudentiel que nous avons examiné dans les deux derniers chapitres tend, en définitive, sous la menace de faire tomber les actes faits en fraude des droits de la femme à *limiter les pouvoirs du mari*.

Mais il est un cas où la loi elle-même a entendu restreindre davantage encore la puissance maritale. C'est celui de l'instance en séparation de corps ou de divorce, à partir de l'ordonnance du président en conciliation.

C'est le seul cas dans lequel nous ayons un texte formel ; l'article 243 du Code civil décide que toutes les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et toutes les aliénations faites par lui des immeubles communs postérieurement à la date de l'ordonnance précitée seront déclarées nulles s'il est prouvé qu'elles ont été faites en fraude du droit de la femme.

Nous avons vu comment on avait même prétendu que ce texte unique excluait dans toute autre cir-

constance l'application de l'idée de fraude. Nous avons admis, au contraire, que l'article 243 était l'application particulière d'un principe général.

Mais ce texte a une utilité propre et une portée plus grande : on peut dire que l'idée de fraude s'y trouve renforcée, en ce sens que le mari étant suspect d'agir à l'encontre des intérêts de sa femme la loi entend faciliter à cette dernière la preuve de la fraude.

Cependant on n'est pas d'accord sur le sens et la portée de cet article 243.

SECTION I

Sens et portée de l'article 243 du Code civil

Il faut, à notre avis, pour donner toute sa portée à cette disposition légale se placer devant les termes généraux de l'article 243, et admettre qu'à partir de l'ordonnance du président en conciliation, le mari n'a plus la plénitude des pouvoirs que lui a conféré *le régime de communauté*, c'est-à-dire, dans notre explication, le complet et confiant abandon de la femme elle-même. Le mari est devenu suspect. La confiance n'existe plus et ne *justifie plus*, par conséquent, les immenses pouvoirs qu'il avait jusqu'alors. Son rôle est réduit. Sans doute il reste administrateur et seul administrateur ; mais il a l'obligation de ne plus exercer ses pouvoirs, jusqu'à nouvel ordre, que pour les besoins de l'administration de la communauté.

Et l'idée de fraude apparaît dès qu'il sort de cette limite étroite et qu'il accomplit un *acte qui n'était pas nécessaire* pour cette administration provisoire.

Pour comprendre quelle a été réellement l'intention du législateur dans cette hypothèse où les époux sont en instance de divorce, ce n'est pas aux travaux préparatoires de l'article 243, œuvre de la loi du 18 avril 1886 qu'il faut se reporter mais bien à ceux de l'ancien article 271 du Code Napoléon.

Dans le projet de la Commission du Gouvernement du 24 thermidor an VIII, l'article 38 était ainsi conçu (1) : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne peut plus contracter aucune dette à la charge de la communauté ni disposer des immeubles qui la composent ; *toute aliénation qu'il en fait est nulle.* » L'intention du législateur était donc d'établir ici une présomption légale de fraude dispensant de toute preuve.

Dans les observations du Tribunal de Cassation, sur le projet présenté par la Commission du Gouvernement, on voit exprimé le désir que l'administration du mari fût à l'égard de la femme considérée comme *paralysée dès la demande en divorce*.

Et quand la discussion vint devant le Conseil d'Etat, le texte suivant (art. 7 du projet) fut présenté (2) :

« A compter du jour de la demande en divorce

1. Fenet, *op. cit.*, t. II, p. 59.

2. Séance du 26 vendémiaire an X. Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 350.

l'état de la communauté ne pourra être changé relativement à la femme, ni par les engagements que le mari pourra contracter ni par les aliénations qu'il pourra faire. Le mari en devra la garantie à sa femme et celle-ci aura action pour prévenir ou pour faire réparer les fraudes faites à son préjudice. »

A une observation de M. Régnier, qui trouva que cette disposition générerait beaucoup le mari dans ses affaires, Portalis répondit que cependant, sans la précaution établie par cet article, on devait craindre beaucoup de fraudes ; mais qu'au surplus il suffirait peut-être de dire que *les actes frauduleux seront déclarés nuls*. L'article fut adopté sauf rédaction. L'article 271 dans une première rédaction décida : *toute aliénation sera nulle de droit* (1). Enfin modifié dans la conférence entre la section de législation du Conseil d'Etat et celle du Tribunat, il devait décidément paraître dans les termes mêmes où nous connaissons aujourd'hui l'article 243 (2).

Cette incursion dans le passé n'est pas inutile et ces détails valent d'être exhumés pour bien se rendre compte du sens et de la portée de l'article 243 du Code civil que nous croyons interpréter comme il convient, c'est-à-dire comme une présomption légale de fraude. La preuve exigée par l'article 243 devant être non pas celle de l'intention frauduleuse du mari mais celle plus objective du caractère illicite de l'acte.

1. Séance du 14 nivôse an X. Fenet, *op. cit.*, IX, p. 403.

2. Fenet, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 442 et 460.

Il faut remarquer que la doctrine et même la jurisprudence paraissent en général assez éloignées de cette conception.

La raison primordiale en est, à notre avis, dans cette lacune que nous avons déjà signalée dans notre Code civil d'un principe général de droit commun relatif à la fraude et du fait que la fraude n'est même pas définie par la loi.

Cela vient aussi de cette erreur, qui découle de la circonstance précédente, qu'à défaut d'un principe général de la loi relatif à la fraude on prend pour droit commun son application la plus courante, l'action Paulienne et il y a presque unanimité en doctrine et même en jurisprudence pour dire que l'article 243 du Code civil n'est qu'une application particulière de l'article 1167 du Code civil (1). Les arrêts les plus récents l'affirment (2).

L'origine de cette interprétation vient d'ailleurs des travaux préparatoires de l'article 243. Le défaut de textes a visiblement gêné les législateurs et la genèse de cette erreur apparaît dès qu'on se donne la peine de parcourir le compte rendu de leurs délibérations.

Au cours de la discussion au Sénat de la loi du 18 avril 1886 (3), M. de Gavardie avait demandé des

1. V. note Huc, *op. cit.*, t. II n° 359 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, n° 225 ; Coulon, Faivre et Jacob, *Manuel formulaire du divorce* sur l'article 243.

2. Aix, 10 mai 1906. S.1908.2.61 ; Paris, 5 novembre 1920. S.1922.2.10.

3. Sénat, séance du 22 décembre 1885. *Journal officiel* du

explications sur le sens à donner à l'expression « en fraude des droits de la femme ». Il proposait « au préjudice des droits de la femme » ce qui comprenait le cas de fraude.

M. Labiche, rapporteur, refusa l'amendement.

Une question plus précise fut posée : « Par le mot fraude entendez-vous, demanda M. Bozerian, qu'il faudra prouver le double élément : le préjudice et la fraude ? » Et il déclara ne pouvoir admettre cette interprétation : son impression était que la femme, dans cette situation particulière, était complètement désarmée en face de son mari devenu omnipotent. « Et vous voulez, s'écriait-il, que la femme, pour obtenir l'annulation de ces obligations ou de ces ventes, soit obligée non seulement de prouver le préjudice, quelque considérable qu'il puisse être pour elle mais encore de prouver la chose la plus difficile à prouver au monde, le préjudice frauduleux ! »

Mais le rapporteur tenait à son texte qu'il défendit : l'instance pouvait durer longtemps. Le mari serait dessaisi de ses pouvoirs de disposer de la communauté car les tiers ne voudraient plus contracter avec lui. Les tiers de bonne foi seraient menacés.

D'autre part le préjudice ne suffirait pas à constituer une fraude et on ne pouvait mettre le mari hors du droit commun. Quant à l'expression « en

fraude » elle devait se comprendre : « Nous avons cité, déclara M. Labiche, la disposition du Code civil où il est dit *en fraude des créanciers* parce qu'il y a là une disposition appliquée dans des circonstances différentes, il est vrai, mais qui est déterminée par la loi, la doctrine et la jurisprudence. » Sur question posée par M. Delsol le rapporteur dira aussi qu'il lui paraît nécessaire pour que le tiers soit évincé que ce dernier ait été complice de la fraude, et on décide d'interpréter la phrase « en fraude des droits de la femme » dans le même sens où le Code civil employait l'expression « en fraude des droits des créanciers ». Le rapporteur devait conclure : « La fraude implique la mauvaise foi, la mauvaise intention ; *la fraude est du reste définie par la loi* et par la jurisprudence et pour cette définition nous nous en référons au droit commun. »

Mais non, justement, la loi ne donne pas cette définition et quand à se référer au droit commun, si on entend par là se référer à l'article 1167, c'est bien ce que nous croyons être une erreur et une interprétation trop étroite. On s'en aperçoit bien aux divergences de la doctrine et à l'indécision de la jurisprudence.

Si en effet les auteurs et les arrêts sont d'accord à voir dans l'article 243 une application de l'action Paulienne, les dissidences éclatent sur la question de savoir s'il faut appliquer à l'action basée sur l'article 243 la distinction admise par l'article 1167 : c'est-à-dire si la preuve du concert frauduleux entre

le mari et son co-contractant doit être rapportée quand il s'agit d'un acte à titre onéreux ou si au contraire le tiers doit être présumé complice dans tous les cas.

Certains auteurs en bonne logique sont pour l'assimilation complète avec l'article 1167. Et aussi des arrêts de Jurisprudence (1) : l'arrêt de Paris, 5 novembre 1920 déclare « qu'il convient en cette matière comme en celle de l'action Paulienne régie par l'article 1167 du Code civil d'exiger la preuve de la mauvaise foi du tiers co-contractant à titre onéreux et de sa collusion avec le mari », mais il estime, il est vrai, que cette preuve est suffisamment faite *s'il est constant que le tiers n'a pas pu ignorer la fraude du mari* et le préjudice causé à la femme. Il s'agissait en l'espèce de la cession d'un bail de magasin à usage de commerce ainsi que d'un mobilier et d'un matériel pour un prix dérisoire (500 francs). La femme justifiait en outre que le mari avait antérieurement refusé une offre plus avantageuse.

Mais des auteurs ont hésité à admettre cette solution. Elle ne leur a pas paru en harmonie avec les termes généraux de l'article 243 qui ne se prête décidément pas à la distinction de l'article 1167 du Code civil (2).

1. Huc, *op. cit.*, t. II, n° 359; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Traité des personnes*, t. IV, n° 225; Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, t. I, n° 265; Paris, 5 novembre 1920 précité. S. 1922.2.10 (à noter qu'il s'agissait ici d'une vente de fonds de commerce, bien mobilier).

2. Aubry et Rau, t. V, p. 204, § 494, note 21.

Quant à la jurisprudence, on peut retenir l'arrêt de Paris, 3 avril 1909 qui, tout en admettant que l'article 1167 constitue le droit commun en la matière estime néanmoins que dans l'article 243 « la situation faite à la femme est rendue plus favorable que celle faite aux créanciers par l'article 1167 puisque dans le cas de ce dernier article, il y a lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués ».

Sans doute, mais cette conception bâtarde et un peu contradictoire ne nous satisfait pas.

Quel besoin est-il de parler de l'article 1167 s'il faut s'affranchir aussitôt de la limite trop étroite qu'il impose ?

Il semble qu'une jurisprudence plus ancienne, sous l'empire de l'article 271 du Code civil ait mieux compris la question. L'arrêt de Colmar du 25 février 1857 que nous avons étudié précédemment contient à ce sujet des motifs qui valent d'être cités :

« Considérant qu'en étudiant avec soin le texte des articles 271 et 1167 on reconnaît qu'ils ont été rédigés pour des hypothèses différentes et que les droits de la femme sont fort différents aussi suivant qu'elle attaque en vertu de l'une ou de l'autre de ces deux dispositions :

« Que lorsque pour faire tomber les actes faits en fraude de ses droits, elle est obligée de recourir au bénéfice de la disposition générale de l'article 1167, elle doit justifier comme tout autre créancier de deux conditions, d'abord la fraude de son mari, son

débiteur, et ensuite la complicité du tiers dans cette même fraude...

« Que lorsqu'au contraire celle-ci [la femme] attaque les actes faits par son mari dans les conditions de l'article 271, sa position est beaucoup plus facile, il lui suffit en effet *d'établir que les actes ont été faits en fraude de ses droits*, sans qu'elle ait à justifier contre le tiers qu'il s'est rendu complice de la fraude parce que, celui-ci ayant contracté avec le mari alors que l'action en séparation de corps était déjà intentée, alors même qu'elle avait pris par la procédure suivie un certain caractère de publicité ce tiers n'a plus contracté qu'à ses risques et périls, avec les chances dont le menaçaient la séparation de corps et le fait d'un contrat passé avec un mari déjà attaqué dans ses pouvoirs et son autorité ; — Qu'il faut donc reconnaître que si la femme peut attaquer les actes faits en fraude de ses droits avec une entière facilité dans l'hypothèse prévue par l'article 271, elle peut les attaquer aussi, avec moins de facilité seulement dans les autres cas et quand elle peut justifier des conditions exigées pour l'admission de l'action Paulienne. »

On objecte, à l'encontre de cette Jurisprudence, un arrêt de la même époque qui considère déjà l'article 271 comme une application de l'article 1167 : Tribunal de Bruxelles, 23 janvier 1856 (1).

Mais un arrêt de la Cour de Cassation belge du 8 janvier 1860 revient au contraire à la manière de

1. *Belg. judic.*, 1856, p. 168.

voir de la Cour de Colmar et adopte la même solution (1).

L'article 243 se suffit à lui-même si on adopte notre explication. Restreignant les pouvoirs du mari aux seuls actes nécessaires d'administration provisoire, il présume frauduleux tout acte que ne justifie pas l'urgence. Une aliénation faite dans une période aussi suspecte, quand l'urgence n'en est pas démontrée, ne peut que couvrir une fraude et la complicité du tiers acquéreur est certaine.

Qu'on ne parle point ici de l'intérêt des tiers. Ceux-ci sont avertis par l'instance en divorce elle-même et ne peuvent véritablement traiter de bonne foi avec le mari. La femme n'a donc pas besoin de faire ici la preuve de leur collusion frauduleuse.

En résumé, nous estimons qu'il y a dans l'article 243 une véritable *présomption de fraude pour tous les actes non urgents*. Nous revenons dans ce cas à une conception plus objective de la fraude : la femme n'a pas à prouver *l'intention frauduleuse* du mari ni la complicité éventuelle d'un tiers. Il lui suffira, pour faire la preuve de la fraude aux termes de l'article 243, de démontrer le *caractère anormal ou illicite* de l'acte du mari. Par anormal nous entendons tout acte qui n'était pas urgent ou qui n'était pas nécessaire.

Là ne s'arrête pas le droit de la femme.

Indépendamment de cette présomption légale de

1. *Belg. judic.*, 1860, p. 200.

fraude, qui lui facilite sa tâche, la femme peut encore attaquer comme frauduleux ceux des actes du mari qui, même revêtant un caractère de nécessité ou d'urgence, auraient néanmoins été conclus en fraude de ses droits.

Mais alors, nous retombons dans le droit commun et il appartient à la femme de faire dans ce cas *la preuve de l'intention frauduleuse* du mari, et s'il y a des tiers en cause, celle de leur mauvaise foi.

SECTION II

Aliénations mobilières

Il est encore un autre point sur lequel on discute la portée de l'article 243 du Code civil. A lire le texte de la loi, seules les aliénations *d'immeubles* seraient interdites au mari. Certains auteurs s'en tiennent effectivement à la lettre du texte et estiment qu'il n'y a pas lieu de l'étendre aux ventes mobilières (1). D'autres, au contraire, interprètent l'article 243 largement et estiment qu'il est de l'esprit de la loi d'interdire les aliénations en fraude des droits de la femme, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles (2). La jurisprudence a admis l'interprétation large : dans l'espèce de Paris du 5 novembre 1920, l'arrêt déclare

1. Huc, *op. cit.*, t. II, n° 359.

2. Aubry et Rau, t V, § 494, p. 204 ; Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 464, p. 570 ; Baudry-Lacanterie et Chauveau, *op. cit.*, n° 225 ; Coulon, *op. cit.* sous article 243.

« qu'il résulte des dispositions de l'article 243 du Code civil, *dont les termes ne doivent pas être interprétés restrictivement* que pendant l'instance en divorce, *tout acte de disposition* des biens de la communauté fait par le mari en fraude des droits de sa femme doit être annulé ». Il s'agissait en l'espèce d'un fonds de commerce. L'arrêt du 3 avril 1909 vise également l'aliénation d'un fonds de commerce et la Cour de Paris déclarait, de façon plus explicite encore, « que ce serait méconnaître d'une façon absolue l'idée de protection qui a inspiré au législateur l'article 243 que de reconnaître au mari, dont l'administration est devenue nécessairement suspecte, le droit de disposer à sa guise, au mépris des droits de sa femme, de tout ou partie de l'actif mobilier de la communauté; que par suite du développement du commerce et de l'industrie cet actif mobilier et notamment les fonds de commerce constituent fréquemment un élément considérable et parfois le seul actif mobilier de la communauté; que de pareilles aliénations sont plus faciles à réaliser que des aliénations immobilières; qu'elles sont par suite plus dangereuses pour la femme et que tout au contraire un texte formel pourrait seul autoriser une pareille limitation au principe général sus-rappelé ».

On sent ici combien la jurisprudence cherche à faire œuvre moderne. Elle veut harmoniser la loi avec les conditions économiques nouvelles. Par la même inspiration qui l'a conduit à interdire au mari les donations mobilières excessives elle n'hésite pas à

étendre à toute aliénation mobilière importante ce que la loi n'a édicté que pour les immeubles.

Mais n'est-ce pas violer le texte même de l'article 243 que de lui donner une telle interprétation ? On se souvient que ce reproche a été adressé à la Jurisprudence à propos de sa conception relative aux donations excessives de meubles. Or, il ne s'agissait là pourtant que d'un quantum à déterminer puisque la loi interdisait au moins les donations d'universalités ou de quotités de mobilier et on se trouvait, en tout cas, devant un texte presque inexplicable sans cette interprétation. Ici, au contraire, la loi dit « immeuble » et il est difficile de lui faire dire « meuble ».

Pourtant cette manière de voir n'a pas été critiquée et ceci s'explique encore par le fait qu'en doctrine comme en jurisprudence on ne donne à l'article 243 que la valeur d'un rappel du principe de l'article 1167. Faisant un tout de ces deux dispositions, celle-ci complétant celle-là on admet que l'article 1167 permet ce que l'article 243 n'a pas dit suffisamment. Et il n'y a aucun intérêt dans cette théorie à invoquer l'article 243 plutôt que l'article 1167 puisque doctrine et Jurisprudence admettent que dans l'un comme dans l'autre cas la femme doit prouver l'aliénation frauduleuse et même suivant certains la complicité du tiers acquéreur.

Il en est tout différemment si l'on adopte notre explication : l'article 243 établissant une véritable *présomption légale de fraude* en faveur de la femme à

l'égard de tous les actes non urgents du mari a pour nous une valeur propre et une portée particulière qui doit par conséquent être limitée à son texte. La présomption dont il s'agit, dont l'utilité pratique est de faciliter à la femme la preuve de la fraude, n'existe donc, d'après nous, aux termes de l'article 243, que pour les obligations et les aliénations d'immeubles. Qu'elle soit trop étroite, c'est possible et c'est encore l'effet de la *vilis mobilia possessionis*, mais le texte est trop net pour être aussi ouvertement tourné.

Est-ce à dire maintenant que les aliénations de meubles soient permises au mari? En aucune façon. Nous avons dit précédemment qu'indépendamment de l'article 243 du Code civil il restait à la femme le droit commun pour faire tomber ceux des actes du mari que ne vise point ce texte et qui auraient néanmoins été conclus en fraude de ses droits. Ainsi doivent être considérées les ventes de meubles : l'article 243 ne leur est pas applicable mais la femme peut les faire tomber à *condition de prouver l'intention frauduleuse du mari* (1).

Ainsi pourraient être justifiés dans une certaine mesure les arrêts de Jurisprudence que nous avons cités : il s'agissait d'aliénation de fonds de commerce ou de cession d'offices ministériels, biens mobiliers qui d'après nous échappent à la présomption de l'article 243. C'est donc avec raison que les arrêts auraient exigé que la femme fit la preuve de l'alié-

1. Conf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 652.

nation frauduleuse. Mais il est manifeste que ces arrêts s'inspirent pour prendre leurs décisions d'un principe erroné puisqu'ils s'appuient sur l'article 243 du Code civil pris comme succédané de l'article 1167.

L'arrêt de Paris du 5 avril 1909 a pourtant entrevu la question en déclarant :

« L'article 243 ne serait-il pas applicable en l'espèce que la femme T... aurait toujours le droit comme créancière de son mari de poursuivre la nullité de la cession de fonds de commerce en se fondant sur les dispositions de l'article 1167 du Code civil ; qu'on ne voit pas pour quelle raison sa qualité de femme commune lui ferait perdre le bénéfice d'un article qui formule un principe général pour tous les créanciers sans exception ; qu'il serait antijuridique de voir une disposition comme celle de l'article 243 édictée en faveur de la femme tourner à son détriment et rendre sa situation pire que celle de tout autre créancier... » Tout ceci est exact et le seul tort de l'arrêt est d'ajouter :

« Mais considérant que l'article 243 est bien applicable en la cause... » Non, ce n'est plus l'article 243, c'est le droit commun en matière de fraude qui était applicable ici.

Cette application du droit commun en matière d'aliénations frauduleuse de meubles ne met pas la femme dans une situation aussi défavorable qu'on pourrait le croire.

Le législateur a en effet prévu pour les meubles des mesures conservatoires fort complètes et qui

peuvent expliquer dans une certaine mesure l'omission faite dans l'article 243.

La femme, en effet, peut dès la première ordonnance et sur autorisation du juge, requérir les scellés sur les meubles communs. Ces scellés pourront être levés à la requête du mari, mais dans ce cas aux termes de l'article 242, les objets de valeur sont inventoriés et prisés et un gardien est désigné. Généralement c'est le mari qui est constitué gardien judiciaire (1).

Or, les devoirs et les attributions du gardien sont fixés par les articles 1962-1963 du Code civil : celui-ci est tenu de représenter en nature les objets placés sous sa garde, et ce à peine de tomber sous le coup de l'article 400 du Code pénal.

Jamais les pouvoirs du mari n'ont été aussi réduits. Ils sont véritablement annihilés. Le mari reste administrateur de nom, mais il est réduit aux actes conservatoires. Ceci se conçoit, surtout dans notre thèse : la suspicion de fraude est ici très forte et la soustraction ou l'aliénation frauduleuse d'un bien mobilier est si facile !

1. Sous l'empire de l'ancien article 270 on admettait même que ce ne pouvait guère être que lui puisqu'il reste administrateur de la communauté. L'article 242 est beaucoup plus large et on admet aujourd'hui que les juges peuvent nommer un tiers, gardien judiciaire de sommes et valeurs dépendant de la communauté (V. rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud sous-cass., 25 mars 1889. S. 90. 1. 253). Mais le mari reste toujours administrateur et on ne peut lui retirer cette administration. Paris, 28 mars 1901. S. 1902. 2. 231 ; Paris, 31 juillet 1917 et 24 déc. 1919. D. 1920. 2. 74 ; Paris, 23 déc. 1921 D. 22. 2. 8.

Cette conséquence est si extrême, si contraire aux exorbitants pouvoirs du mari, que la doctrine est divisée sur la question de savoir si la qualité de gardien judiciaire a bien pour effet de neutraliser entre les mains du mari les pouvoirs généraux d'aliénation qu'il tient de la loi (1).

Quant à la jurisprudence, elle impose au mari l'obligation absolue de représenter le mobilier en nature, sauf à répondre de la valeur en cas de non-représentation (2).

OBSERVATION. — *Distinction entre les règles relatives à la fraude et les prescriptions de l'article 252 in fine.*

Les dispositions de l'article 252 *in fine* sont précieuses pour la thèse que nous avons adoptée et pourraient, à la rigueur, renforcer notre manière de voir concernant cette sorte de *Capitis deminutio* qu'à notre avis subit le mari du fait de la suspicion qui pèse sur lui pendant l'instance en divorce.

Aux termes de l'article 252, § 5 en effet et d'après la jurisprudence le jugement de divorce dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux, au

1. Refusent d'admettre cette conséquence notamment : Huc, *op. cit.*, t. II, n° 357 ; Baudry-Lacantinerie, *Comment. de la loi sur le divorce*, II, 92 ; Carpentier, *op. cit.*, t. I, n° 259. Admettent au contraire que le mari est tenu des obligations de tout gardien : Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 464 ; Laurent, t. III, n° 265 ; rapport précité de M. le conseiller Féraud-Giraud.

2. Jugé ainsi sous l'empire de l'ancien article 270. Paris, 26 mars 1885. S. 86.2.53 et plus récemment Douai, 20 fév. 1899. D. 99.2.182.

moins en ce qui concerne leurs biens, au jour de la demande(1).

Il en résulte que si le mari continue d'administrer la communauté, et nous avons vu qu'on ne peut lui retirer cette administration, ce ne peut plus être en vertu de ses pouvoirs de chef de la communauté ce ne peut être que comme un mandataire ordinaire à l'égard des droits de la femme.

C'est bien ainsi que l'arrêt d'Aix du 10 mai 1906 déjà cité envisage la communauté à partir du jour de la demande en divorce par ces motifs :

« Attendu dès lors que l'association entre époux a cessé d'exister, que leurs intérêts sont distincts et que le mari ne saurait conserver des pouvoirs excessifs que l'union intime du mariage ne pouvait jusfi-

1. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 18 avril 1886, c'est l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce. L'interprétation de l'article 252 a suscité de vives controverses. On a admis que la rétroactivité au jour de la demande ne pouvait concerner les tiers, mais dans les rapports entre époux eux-mêmes, plusieurs systèmes ont été imaginés : d'après une opinion, les effets de la dissolution de la communauté ne remonteraient qu'au jugement. L'opinion qui a prévalu déclare la communauté dissoute à partir seulement du jour de la transcription. Toutefois quand il s'agit de régler le sort des biens entre époux, l'article 252 doit s'appliquer car il résulte des travaux préparatoires que cette disposition n'a été précisément édictée que dans le but de *priver le mari de modifier arbitrairement le patrimoine de communauté pendant l'instance* (V. sur l'exposé de ces systèmes et la discussion de cette question la note de M. Labbé sous cassation, 18 avril 1893. S. 94 1.5.). Mais la jurisprudence reste incertaine encore sur ce qu'il faut entendre par « le jour de la demande » : C'est le jour de l'assignation dit un arrêt de Caen du 28 avril 1913, (D. 1914. 2. 137). C'est le jour de la citation en conciliation, dit un arrêt de Paris, 7 et 8 janvier 1914 (D. 1914. 2. 137. Dissertation de M. Leloir),

fier et que l'opposition des droits rendrait désormais dangereux.

Attendu par suite que si le mari conserve en fait l'administration des biens qui peuvent être indivis mais qui ne sont plus communs (1), il n'est plus dès lors pour ce qui reviendra à sa femme qu'un gérant responsable qui doit compte de son administration, d'après les règles générales du droit. »

La loi, en prononçant elle-même cette déchéance partielle des pouvoirs maritaux et en visant ainsi à empêcher, suivant l'intention de ses auteurs, (2) le mari de *modifier arbitrairement la communauté pendant l'instance* interdit à ce dernier tout acte de *disposition* et la sanction de l'article 252 est la nullité de ces actes (3).

Cette sanction ne se confond pas avec celle de l'article 243. En effet dans le cas de l'article 252 du Code civil tout acte de disposition est annulé par ce fait seul qu'il s'agit d'un acte pour lequel le mari n'avait plus qualité, par suite de l'effet rétroactif du divorce au jour de la demande. La femme n'a rien à prouver. Par la présomption légale que nous avons prêtée à l'article 243 au contraire, si la preuve pour la femme se trouve facilitée, du fait qu'elle n'a pas à

1. A noter en passant cette distinction très juste faite ici entre la copropriété indivise et la communauté.

2. Travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886. V. note Labbé précitée. S. 94.1. 5.

3. Bien noter qu'il ne s'agit que des actes de disposition. L'article 252 ne touche pas aux actes d'administration du mari. Mais le critérium entre ces actes est parfois très délicat à déterminer.

établir l'intention frauduleuse de son mari, il y a néanmoins une preuve à rapporter : celle que l'acte incriminé n'était ni urgent ni nécessaire.

Cette conséquence peut faire naître une objection à la thèse que nous avons adoptée sous l'article 243 du Code civil : celle de l'utilité même de cette théorie. Puis qu'en définitive les articles 243 et 252 du Code civil tendent au même but, c'est-à-dire l'annulation des actes de disposition du mari pendant l'instance en divorce, l'article 252 du Code civil paraît suffire et on ne voit pas tout de suite pourquoi on emploierait, en arguant de l'article 243 du Code civil, un moyen plus difficile, plus aléatoire.

Cependant cette théorie trouve son utilité :

1° Nous avons vu qu'aux yeux de la Jurisprudence et d'après les travaux préparatoires la portée de l'article 252 du Code civil est des plus limitée : les effets de la dissolution du mariage ne sont envisagés que dans la limite des rapports pécuniaires des époux entre eux. Le jugement de divorce n'agit point ainsi rétroactivement au regard des tiers vis-à-vis desquels il n'a d'effet qu'à partir du jour où il a été prononcé (1). Au contraire, si la fraude est établie nous avons vu que l'article 243 fait tomber l'acte même à l'égard des tiers ;

2° L'article 252 ne produit effet que si le divorce est prononcé entre les époux. Au contraire, même si le divorce est rejeté, l'article 243 fera tomber l'acte accompli en fraude ;

1. Paris, 13 décembre 1895. S. 96. 2. 80.

3° Enfin l'article 252 ne permet d'annuler que les actes de disposition du mari. Or, dans la théorie que nous défendons, nous avons admis que là même où la présomption légale de l'article 243 ne s'applique plus, il reste possible par l'application des principes de droit commun en matière de fraude, de faire tomber n'importe quel acte du mari même de simple administration en prouvant l'intention frauduleuse de son auteur.

CHAPITRE IV

SANCTION DES ACTES FRAUDULEUX

Il n'y a généralement pas de doute chez les auteurs, comme dans la Jurisprudence, que l'acte accompli par le mari en fraude des droits de sa femme doive être annulé.

La sanction de la fraude serait donc la nullité.

Est-ce bien sûr ? On est beaucoup plus embarrassé quand il faut déterminer les raisons sur lesquelles on s'appuie pour en décider ainsi.

L'opinion d'après laquelle la sanction de l'acte frauduleux serait la nullité vient toujours de ce que l'on considère l'article 1167 comme le droit commun en matière de fraude.

Nous avons vu combien cette simple référence à l'article 1167 était insuffisante. Que faudra-t-il admettre quand l'article 1167 ne sera pas applicable ? L'action de la femme donnera-t-elle ouverture à un simple droit de récompense aux termes de l'article 1347 du Code civil ? N'est-ce pas plutôt un droit à indemnité suivant l'article 1382 du Code civil ? Ou quand il s'agit d'un détournement de valeurs la sanction n'est-elle pas suffisamment

écrite dans l'article 1477 du Code civil qui prévoit le divertissement et le recelé ? Aucun texte général n'est là pour nous guider. La loi a prévu la nullité des actes entachés de dol. Mais l'assimilation avec la fraude, nous l'avons vu, n'est pas possible. Sur quelle base alors établir la nature de cette sanction.

La question se présente différemment suivant qu'il s'agit de la sanction des actes présumés frauduleux par la loi et interdits au mari par l'article 1422 du Code civil et ceux au contraire pour lesquels la preuve de la fraude doit être faite conformément au droit commun.

SECTION I

Donations interdites par l'article 1422 du Code civil

Quel est le sort d'une donation faite contrairement à l'article 1422 du Code civil ?

La presque unanimité des auteurs se prononce nettement en faveur de la nullité (1).

Le texte même de l'article 1422 ne donne cependant aucun argument en faveur de cette interprétation. « Le mari *ne peut* disposer entre vifs, etc... », dit cet article mais il ne précise pas la nature de la sanction.

1. V. notamment : Marcadé, *op. cit.*, sous articles 1421-1423, n° 1 ; Huc, *op. cit.*, t. IX, p. 157 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 505 et 509 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 65 bis, IX ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n° 637.

Les travaux préparatoires ne nous éclairent que faiblement. Parlant des droits de la femme à la dissolution de la communauté, Duveyrier dans son rapport au Tribunat dit : « qu'alors elle peut censurer avec amertume *et annuler* même les actes de son mari ». Mais cet argument n'a évidemment rien de décisif.

I. Théorie de M. Wahl : droit à récompense. — C'est en cet état de la question que M. Wahl, à l'encontre de tous les auteurs, soutient qu'une donation faite contrairement à l'article 1422 n'est pas nulle mais qu'elle donne lieu seulement à récompense (1).

Cette théorie à première vue paraît assez étonnante, car on oppose au contraire généralement en doctrine (2) la grande différence de sanctions qui existe entre deux règles, deux principes qui tendent également à limiter les pouvoirs du mari :

Le premier de ces principes, dit-on, est une défense faite au mari de s'enrichir aux dépens de la communauté. La sanction ici n'est point la nullité. Le mari sera tenu seulement de restituer à la communauté l'avantage qu'il a voulu s'approprier indûment. C'est le principe de la *récompense* de l'article 1437 du Code civil.

Le deuxième principe est la défense faite au mari

1. Note de M. Wahl sous Agen, 11 février 1896. S. 99.2.73.

2. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 649.

d'accomplir un acte en fraude des droits de sa femme dont la sanction est la *nullité*.

Si on admet que les dispositions de l'article 1422 du Code civil constituent une présomption légale *de fraude* à l'encontre du mari, et non pas une simple défense d'enrichissement du mari, c'est bien la nullité qu'il faut appliquer. Mais M. Wahl penche pour l'idée de récompense, et il appuie sa thèse sur les arguments suivants :

1° Argument de texte : si on rapproche l'article 1422 de l'article 1423, on remarque que ce dernier article s'exprime comme l'article 1422 en déclarant que le legs fait par le mari « *ne peut excéder sa part dans la communauté* ». Et cependant si ce legs excède les droits du mari dans la communauté, il n'est pas annulé : le légataire se fait payer la valeur totale du bien légué, sur la part du mari dans la communauté et le surplus sur les biens personnels du mari. Si même, dit M. Wahl, la loi n'autorise pas le légataire à se faire payer son legs par la communauté sauf récompense du mari, cela tient à ce que ce legs, ne produisant nécessairement son effet qu'après dissolution de la communauté, le légataire ne peut avoir aucun droit sur la part de la femme dans la communauté ;

2° Un autre argument est tiré de l'ancien droit.

La Coutume de Paris, dans son article 225 ayant posé le principe que le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles déclare : *qu'il les peut vendre, aliéner, hypothéquer ou en disposer entre*

vifs, sans le consentement de sa femme à personne capable et sans fraude, ce qui signifie que le mari *ne peut* donner les biens de communauté frauduleusement ou à un incapable (à noter au passage, l'équivalence de termes avec notre article 1422 : « Le mari *ne peut* disposer..., etc.). »

Or, dit M. Wahl, quelle était la sanction de cette interdiction ? La plupart des auteurs de l'ancien droit étaient pleinement d'accord pour décider, sans discussion, que la donation faite par le mari en dépit de cette défense était pleinement valable et qu'elle l'obligeait seulement à une *récompense* vis-à-vis de la communauté. Et il cite ce texte de Pothier qui est évidemment très catégorique (1) :

« Les personnes qui sont incapables de donation que le mari leur a faite des biens de la communauté... n'en sont incapables que vis-à-vis de la femme et non vis-à-vis du mari qui leur en fait donation ; c'est pourquoi *ces donations ne sont point nulles*. Mais elles ne peuvent porter aucun préjudice à la femme et elles doivent en conséquence être censées faites sur la seule part du mari dans les biens de la communauté. C'est pourquoi, au partage des biens de la communauté qui doit se faire après sa dissolution, le *mari ou ses héritiers doivent en faire récompense* en rapportant à la masse de la communauté le montant des dites donations, lequel doit être précompté sur la part du mari. »

Pour les legs faits par le mari sur les biens com-

1. Pothier, *Communauté*, n° 496.

muns, M. Wahl fait remarquer que l'ancien droit admettait d'une manière générale la solution qui a été recueillie dans l'article 1423 du Code civil. Il cite encore Pothier qui se réfère lui-même à la « plu-part des coutumes » (1).

Il faut avouer que ces textes de Pothier sont précis et la concordance entre la solution de Pothier pour les legs d'une part et notre article 1423 d'autre part peut faire pencher à croire que par corrélation le principe de récompense qu'il envisage comme sanction des donations frauduleuses a pu passer dans notre article 1422.

Pourtant, ces textes qui étaient certainement connus des auteurs partisans de la nullité ont été écartés. Ceux-ci en général semblent en donner pour raison que les pouvoirs du mari ne sont plus, sous l'empire du Code civil, les mêmes que dans l'ancien droit. Le mari à leurs yeux n'est plus seigneur et maître de la communauté et l'article 1422 doit donc sanctionner plus énergiquement que dans l'ancien droit les actes frauduleux qu'il peut accomplir.

1. « Du principe que le droit du mari qui est seigneur pour le total des biens de la communauté pendant quelle dure est, par sa dissolution réduit à la moitié, il suit aussi qu'il ne peut disposer par testament des biens de la communauté que pour moitié, car les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, le mari ne peut disposer par testament que du droit qu'il se trouvera avoir lors de sa mort dans les biens de sa communauté. Or, lors de sa mort il n'y a plus que la moitié puisque sa mort a opéré la dissolution de la communauté et réduit en conséquence à la moitié son droit dans les biens de la communauté » (Pothier, communauté, no 475).

Mais nous avons vu au début de cette étude que M. Wahl conteste précisément le sens de cette évolution et prétend que le mari n'avait pas dans l'ancien droit des pouvoirs plus considérables que ceux qu'il possède aujourd'hui (1) : nous avons dans notre chapitre premier exposé la théorie qu'il soutient à ce sujet et nous sommes partis de là pour essayer à notre tour par une incursion dans le passé de nous rendre compte de l'évolution historique de ces pouvoirs et dans quelle mesure notre Code civil avait entendu les consacrer.

Cet examen de l'ancien droit que nous croyons avoir fait impartialement ne nous a point cependant gagné à la théorie de M. Wahl et ne nous permet pas de partager sa conviction, que les pouvoirs du mari n'étaient pas plus larges alors qu'à présent.

Nous ne pouvons davantage nous laisser convaincre par lui, que le Code civil n'a pas voulu instaurer un régime différent de celui de l'ancien droit, ni même apporter de changement notable à ce régime. Les travaux préparatoires ne donnent aucun argument dit M. Wahl et le tribun Siméon, en déclarant que « donner sous certains rapports c'est perdre » ne faisait que répéter le langage des commentateurs des coutumes.

Il est certain que les travaux préparatoires n'apportent pas grande lumière dans ce débat : il n'y fut évidemment pas spécifié qu'au principe de la récompense, le Code civil entendait substituer celui de la

1. Voir chapitre I. Section II.

nullité. Mais on ne peut nier cependant l'intention, le désir des rédacteurs du Code d'opérer ici une profonde réforme; nous savons pour quelle raison cette réforme s'est trouvée en quelle sorte neutralisée, mais tous les rédacteurs, Duveyrier au tribunal, comme Siméon au corps législatif, affirment qu'ils veulent désormais interdire au mari le droit de *donner*. Quant à dire que ce dernier parle le langage des anciens auteurs, c'est vrai, puisque Siméon reprend presque textuellement le mot de Ferrière « donner c'est perdre » mais rappelons-nous que Ferrière était précisément parmi les commentateurs de la Coutume de Paris un de ceux qui s'étonnait des pouvoirs absolus du mari : son commentaire sous l'article 225 de la Coutume de Paris avait pris ainsi toute la valeur d'une critique. Comment s'étonner qu'un rédacteur du Code civil qui supprimait ou croyait supprimer au mari le droit de donner, qui avait conscience en tous cas d'être l'auteur d'une importante réforme, ait repris à son compte le mot du juriste qui avait critiqué l'abus ?

L'esprit du Code civil nous paraît donc très différent de celui des coutumes. Sous l'empire de ces dernières les donations sont *permises* au mari sauf en cas de fraude, cas pour lesquels la majorité des auteurs et Pothier notamment déclare qu'il y aura lieu à récompense. Pour les auteurs du Code au contraire, les donations en principe sont *interdites* : et de ce changement de régime on peut avec quelque raison arguer en faveur de la nullité.

Mais il y a un meilleur argument encore :

Si Pothier que cite M. Wahl et bon nombre d'autres jurisconsultes parlent ici de récompense, il est cependant un auteur qui estime au contraire que la sanction des actes frauduleux du mari est la nullité : cet auteur c'est Lebrun (1).

Cette opinion de Lebrun, même s'il est établi qu'elle était isolée a néanmoins, en cette matière, une importance considérable. Lebrun avait eu une conception originale de la fraude, une manière de voir que nous avons qualifiée d'objective et par laquelle il se distinguait des autres auteurs et notamment de Pothier. Lebrun ne fondait point comme Pothier ou Dumoulin, la fraude du mari sur une intention de s'enrichir, soi ou ses hoirs, mais il l'examinait sous forme de *présomption* s'attachant à la nature objective de l'acte. La seule sanction qu'il envisageait en conséquence était la nullité. Or, nous croyons l'avoir démontré, c'est le système de Lebrun et non pas celui de Pothier que le Code civil a adopté et les interdictions de donner de l'article 1422 du Code civil ne sont autres que les présomptions de fraude les plus habituelles citées par Lebrun. Il est donc logique, pour ne pas dire certain que les auteurs du Code civil ayant adopté la manière de voir de Lebrun ont dû également admettre la même sanction que lui. Ont-ils vraiment envisagé cette nullité avec son caractère et ses conséquences ?

1. Lebrun, Communauté, II, ch. II. Sect. I, n° 19.

Evidemment non, mais ils ont certainement voulu ici une sanction plus énergique que la simple récompense dont ils ont fait sous l'article 1437 une théorie différente.

Reste l'argument de texte de M. Wahl, tiré de l'analogie qu'il croit pouvoir faire entre l'article 1422 et l'article 1423. Ce n'est pas sans réplique; la rédaction des deux articles est très différente: le legs est *permis* mais s'il vient à excéder une quotité déterminée par la loi il y aura lieu à récompense; la donation, elle, est *interdite* donc vraisemblablement nulle.

II. La nullité. Son caractère et ses conséquences : 1^o QUEL EST LE CARACTÈRE DE CETTE NULLITÉ? — C'est la première question qui se pose si on admet que la sanction soit la nullité.

Nous avons repoussé précédemment l'idée que l'acte frauduleux pouvait être nul en soi. C'est donc d'une nullité purement relative qu'il s'agit ici.

La plupart des auteurs sont d'accord sur ce point (1).

Marcadé lui-même l'admet alors cependant, on s'en souvient, qu'il considère la défense faite au mari de donner les biens communs comme reposant sur *l'inaliénabilité* de ces biens (2).

Donc cette nullité établie en faveur de la femme

1. Laurent, *op. cit.*, t. XXII, n^o 30; Huc, *op. cit.*, t. IX, n^o 172; Guillouard, *op. cit.*, t. II, n^o 709; Baudry-Lacantinerie Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n^o 671; Planiol, III, n^o 1027.

2. Marcadé sous articles 1421 à 1423, n^o 5.

ne peut être invoquée semble-t-il, que par elle et non par son mari (1). C'est du moins ce qu'admet la Jurisprudence. Mais la solution de cette question dépend avant tout de l'idée que l'on se fait de la communauté. Appliquons ici l'hypothèse de chacun des trois systèmes qui ont prétendu établir la nature juridique de la communauté :

1^o Si la communauté est une personne morale, c'est elle-même qui est propriétaire des biens donnés et le mari qui agit en son nom doit pouvoir introduire l'action en nullité ;

2^o Dans l'hypothèse d'une copropriété indivise, le mari a donné ce qui ne lui appartenait pas pour moitié. Il peut donc à concurrence de moitié intenter l'action au nom de la femme avant la dissolution de la communauté. Mais la doctrine repousse cette conséquence. Quant à la Jurisprudence elle n'admet la femme elle-même à agir qu'après la dissolution et à condition qu'elle accepte (2).

Avec le système de copropriété indivise cependant on devrait admettre que si la femme renonçante à la dissolution perd son droit, elle n'en est pas moins, pendant le mariage, copropriétaire pour moitié de la masse indivise et par conséquent qu'elle devrait pouvoir, représentée par son mari, revendiquer cette moitié donnée indûment.

3^o Dans le système de *Gesammte hand*, il n'y a pas,

1. En ce sens, les auteurs cités plus haut. En sens contraire : Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 66 *bis*.

2. Trib. Seine, 20 déc. 1909, *Gaz. Pal.*, 1910. I. 141.

tant que dure la communauté de quote-part comme dans la conception précédente de copropriété indivise : donc si la donation est nulle, elle l'est pour le tout. Mais ici encore il faut admettre, et les représentants de ce système envisagent en effet cette conséquence (1), que l'action en nullité appartient au mari pendant la durée de la communauté, car l'acte accompli par ce dernier, contrairement à l'article 1422 est, dit M. Masse, un acte pour lequel *son pouvoir* de chef de communauté cesse. Le droit commun de la gesamnte hand reprend sa place. « L'acte est nul à l'égard de la gesamnte hand des époux et comme il [le mari] représente cette dernière, il aura, en son nom, le droit de demander l'invalidation de cet acte. »

Ce système est contraire à la Jurisprudence et a été critiqué en doctrine.

Il aboutit, fait-on remarquer, à une solution identique à celle de la personnalité (2) : solution inacceptable car ce serait permettre au mari de faire annuler une libéralité aussitôt qu'il l'aurait consentie, alors qu'on ignore la décision de la femme à la liquidation. L'intérêt des tiers exige qu'on attende non seulement la liquidation, mais encore le partage et qu'on soit fixé sur le sort fait au bien litigieux.

Avec notre explication tout se présente fort simplement : la femme a abandonné tous ses droits au

1. Masse, *op. cit.*, p. 467.

2. Chauvin, *op. cit.*, p. 164.

mari : celui-ci dispose valablement de tout et c'est pour le tout aussi que la donation est nulle. Mais à l'encontre des systèmes précédents le mari ne peut demander la nullité. Sans doute du fait que le mari a agi en fraude des droits de la femme, celle-ci se trouve dégagée de son adhésion tacite à l'acte du mari. Cet acte ne peut lui être opposé mais elle seule a qualité pour agir. Contrairement à ce qu'on admet dans le système de la *Gesammte hand*, nous estimons que le mari ne *représente pas* sa femme. Il agit personnellement de sa propre autorité et s'il commet une faute à l'égard de sa femme il en est comptable vis-à-vis de celle-ci et il serait mal venu d'arguer de cette faute pour faire tomber à l'égard d'un tiers la donation faite car *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Cette solution est conforme à celle de la Jurisprudence.

2^o QUAND LA FEMME PEUT-ELLE AGIR ? — La Jurisprudence estime, nous venons de le voir incidemment, que l'action de la femme n'est recevable qu'après la dissolution de la communauté et seulement si elle accepte cette communauté. Mais ne faut-il pas en outre attendre l'effet du partage et que le bien ayant fait l'objet de la donation ait été mis dans le lot de la femme ? C'est évidemment logique et les auteurs l'admettent (1).

1. Tous les auteurs cités, p. 264. « Jusque-là, écrivent MM. Baudry-Lacantinerie, toute action dirigée contre le donataire est prématurée, peu importe qu'on la qualifie action en *nullité*, action

Cependant avec la théorie de la *Gesammte hand*, il faudrait admettre que la femme peut faire tomber la donation avant le partage puisque chaque épouse a sur l'ensemble des biens communs un droit indéterminé et égal.

3° LA NULLITÉ PEUT-ELLE ÊTRE COUVERTE ? (THÉORIE DES DONATIONS CONJOINTES). — Enfin cette nullité peut-elle être couverte ? Autrement dit, la femme peut-elle renoncer à s'en prévaloir ?

Il n'y a aucun doute qu'à la dissolution de la communauté la femme puisse accepter et valider par conséquent la donation faite par le mari seul. On suggère même qu'il pourrait intervenir à ce moment un arrangement entre époux : la femme indemnisée par le mari renoncerait à introduire son action en nullité. Dans ce cas, ce serait en vérité une récompense qui se substituerait pour la femme à son droit de faire tomber l'acte du mari. A ce point de vue, peut être considérée comme exacte l'opinion des auteurs qui estiment que la femme a le choix entre les deux sanctions (1).

Beaucoup plus délicate est la question de savoir si la femme ne peut pas renoncer *au cours de la com-*

en *rapport*, action en *revendication*. » On cite un seul auteur, Vigié, qui admet que la femme peut agir en nullité, même si elle renonce à la communauté, en vue d'exercer ses reprises sur le bien donné (t. III, n° 194). Guillouard semble admettre la femme à faire tomber la donation avant tout partage.

1. Masse et Vergé sous *Zachariæ*, t. IV, § 642, note 11 ; Guillouard, *op. cit.*, t. II, n° 706 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n° 673.

munauté à son droit de faire annuler la donation du mari, et si notamment cette renonciation ne résulte pas implicitement de son *concours à l'acte*. C'est, ainsi posé, le problème de la validité des donations conjointes.

Disons de suite que la jurisprudence admet la validité de ces donations depuis un arrêt de 1850 suivi d'un grand nombre d'autres dans lesquels elle ne s'est jamais démentie (1).

Mais il y a plus d'indécision en doctrine où la question a été très controversée (2).

Il apparaît nettement qu'ici encore la controverse vient du point de vue auquel on se place pour envisager la nature juridique de la communauté.

1^o En faisant de la communauté une personne morale on ne peut admettre que le concours de la femme puisse valider l'acte du mari. Car dans ce système le mari a seul qualité pour représenter la communauté. Si l'acte du mari est nul, la femme qui n'a aucun pouvoir d'agir au nom de la communauté ne peut rien ajouter par sa présence à l'acte et ne peut empêcher la nullité de se produire ;

2^o Dans la théorie de copropriété indivise il faudrait admettre, et la question a été présentée de cette

1. Cass., 5 fév. 1850. S. 50.1.337. D. 50.1.97. Comme arrêt plus récent v. notamment Nancy, 14 mars 1903. D. 1903.2.331.

2. La plupart des auteurs opinent vers la solution de la jurisprudence. Pourtant en sens contraire sont : Marcadé, Masse et Vergé, Odier, Rodière et Pont ; et aussi Laurent et la jurisprudence belge (V. note et références : Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n^o 674).

manière, que l'opération s'analyse en deux donations distinctes portant chacune sur la part indivise de chacun des époux.

Mais cette conception se heurte à une impossibilité.

La femme pourrait en effet dans ce système intervenir de son chef avant la dissolution de la communauté qu'elle serait donc censée accepter d'avance. Le mari de son côté disposerait de biens qui, par l'effet du partage, pourraient ensuite être mis dans le lot de la femme et s'exposerait ainsi à donner ce qui ne lui appartient pas.

Aussi est-ce avec raison qu'on a dit ici que deux donations nulles ne pouvaient faire une donation valable;

3° Les partisans de la *Gesammte hand* prétendent, au contraire, donner une explication satisfaisante et pouvoir justifier les donations conjointes.

Il faut remarquer (1) que la Jurisprudence elle-même qui admet la validité de ces donations répudie l'explication précédente basée sur la copropriété indivise : elle refuse de voir deux donations dans une donation conjointe qu'elle analyse au contraire en une seule opération indivisible faite par deux ayant droits qui ne limitent pas leur donation à une moitié mais disposent ensemble du tout.

Or, ce sont là précisément, disent les partisans de la *Gesammte hand*, les principes de la copropriété

1. Masse, *op. cit.*, p. 468-469.

germanique : « l'acte qui ne peut être accompli par le représentant de la *Gesammte hand* seul fait partie du domaine de l'action commune : accompli par les deux *Gesammthaender* il deviendra pleinement valable. »

Ainsi la théorie de *Gesammte hand* semblerait justifier et justifier *seule* la validité des donations conjointes. Et elle est en harmonie sur ce point avec l'ancien droit : Pothier admettait que le concours de la femme la rendait non recevable à attaquer la donation comme frauduleuse (1). De même Lebrun (2).

Cependant le reproche, que nous avons fait précédemment à la théorie de la *Gesammte hand*, d'être inutile ne se trouve point démenti. Cette théorie ne serait vraiment utile en l'espèce que si la nullité des donations interdites au mari par l'article 1422 résultait d'une idée *d'absence de pouvoir* du mari. Et c'est bien ce qui paraît être la conception des défenseurs de la *Gesammte hand*.

Mais nous croyons, au contraire, avoir établi que l'interdiction faite au mari de disposer dans les conditions fixées par l'article 1422 est fondée tout entière sur l'idée de *présomption de fraude*.

L'acte est vicié, non parce que son auteur n'a pas qualité pour le faire, mais parce qu'il est présumé le faire en fraude de sa femme. Qu'une circonstance vienne écarter la présomption de fraude, l'acte sera

1. Pothier, *op. cit.*, n° 494.

2. Lebrun, *op. cit.*, p. 212.

valable. Or, quelle circonstance peut mieux faire tomber cette présomption que le *concours de la femme elle-même à la donation* ?

Cette explication plus simple est en même temps d'accord, elle aussi, avec les anciens auteurs et nous n'avons pas besoin de la théorie de la *Gesammte hand* pour aboutir à cette solution.

4° SITUATION DU DONATAIRE ÉVINCÉ. — Reste à examiner une dernière question relative à la nullité. Celle-ci prononcée, quelle va être la situation du donateur évincé ? A-t-il un recours ?

Ce recours pourrait être, soit une action en garantie, soit une action en indemnité.

a) *Action en garantie*. — Il ne semble pas qu'on puisse l'accorder au donataire évincé. Nous allons essayer de le montrer :

Comment s'analyse d'abord la situation de ce donataire évincé ? On l'a comparé à un acquéreur de biens indivis ce qui peut se soutenir puisque par hypothèse le mari a aliéné une chose sur laquelle il n'avait que des droits indivis (1). A la dissolution de la communauté, suivant l'effet du partage, le bien

1. La situation n'est pourtant pas tout à fait la même. Outre que la communauté n'est pas une simple indivision, il faut remarquer que l'acquéreur, s'il est entré en possession, est exposé à une action en revendication de la part des co-propriétaires du vendeur. Dans notre hypothèse au contraire, la femme, ne peut jusqu'à la dissolution du mariage, exercer aucune action relative aux biens communs et par conséquent l'acquéreur, n'a point, au moins tant que dure la communauté, à redouter d'action en revendication.

deviendra sa propriété définitive ou au contraire deviendra propriété de sa femme.

Or, en cas de vente d'un bien indivis, il est admis que l'effet de la vente consentie par l'un des propriétaires indivis est subordonnée au résultat du partage autrement dit, la vente ne sera pleinement valable que si le bien vendu se retrouve dans le lot du vendeur (1).

Cette solution peut sans difficulté s'appliquer à notre hypothèse.

Mais, en cas d'éviction, la situation apparaît très différente suivant l'un ou l'autre cas :

L'acquéreur évincé a une *action en garantie* contre son vendeur par application de l'article 1626 du Code civil. Au contraire le donataire évincé n'a pas cette action puisque l'obligation de garantie n'existe pas en matière de donation. Du moins n'existe-t-elle que si la donation a été faite par contrat de mariage ce qui est inconciliable avec notre espèce, ou si la garantie a été stipulée par le contrat lui-même (2), ce qui resterait un cas tout à fait exceptionnel.

Il faut donc admettre que le donataire d'un bien de la communauté, évincé par suite de l'effet du partage à la dissolution de cette communauté ne peut diriger contre le mari une action en garantie.

Aussi la jurisprudence, ne pouvant faire appel au

1. V. Trib. Emp. d'Allemagne, 20 mars 1894. S. 95.4.25 notes de M. Albert Wahl et Cass., 28 fév. 1894. S. 96.1.209 note de M. Ch. Lyon-Caen.

2. Art. 1440 et 1547. C. civ. Nancy, 17 mai 1861. S. 61.2.473.

principe de la garantie, a tenté de justifier en faveur du donataire évincé une action en indemnité.

b) *Action en indemnité.* — Les principaux arguments en faveur de l'action en indemnité se retrouvent dans l'arrêt d'Agen du 11 février 1896 que nous avons déjà cité à plusieurs reprises (1).

Pour justifier cette action on tire argument de l'article 1423 qui prévoit que le légataire peut être indemnisé par le mari et on fait valoir qu'il y a analogie par identité de motifs entre ces deux articles : c'est-à-dire la volonté par le mari testateur ou donateur de laisser à son gratifié légataire ou donataire, à défaut de l'objet, la valeur de ce dernier.

On fait également valoir que si on refusait d'accorder cette action au donataire, on mettrait littéralement son sort entre les mains de la femme puisqu'il serait dépouillé ou non suivant que cette dernière poursuivrait la nullité de la donation ou se contenterait de demander récompense au mari. Et enfin si la femme prenait le parti de demander la nullité, cette nullité elle-même profiterait au mari ce qui serait illogique et peu équitable.

Cette argumentation de la Jurisprudence n'est pas sans réplique :

Nous n'insisterons pas sur l'argument de prétendue analogie entre le texte de l'article 1422 et celui de l'article 1423. Nous nous sommes déjà précédemment expliqués à ce sujet dans ce même chapitre ; nous n'y reviendrons pas.

1. S. 99.2.73. Note Wahl, D. 97.25.13.

Au surplus, les motifs qui ont inspiré cette Jurisprudence ont été très vivement critiqués par M. Wahl (1).

a) Cet auteur refuse d'admettre qu'il y ait identité de motifs entre la donation et le legs du mari.

Un testateur, dit-il, a des intentions plus libérales qu'un donateur : le legs en effet s'exécutant après le décès, le testateur n'éprouve aucun préjudice personnel du fait que ses héritiers, à défaut de l'objet légué, doivent au légataire la valeur de l'objet. Au contraire si le donataire évincé pouvait exercer un recours, c'est le mari lui-même survivant à la dissolution de la communauté, qui serait tenu personnellement d'indemniser le donataire contraint par suite, à une libéralité que peut-être il n'avait pas l'intention de faire.

M. Wahl prétend même que si telle était l'intention du donateur elle ne devrait pas être suivie pour une question de forme : cette volonté du donateur constituerait en effet une donation supplémentaire et devrait donc être revêtue des formes des donations.

b) Quant à l'argument d'équité de la jurisprudence, on ne peut, répond M. Wahl, juger de la valeur juridique d'un système par ses inconvénients ni s'arrêter à des considérations de sentiment.

On fait enfin remarquer que cette prétendue action en indemnité est une véritable action en garantie puisqu'elle repose sur une éviction subie, et la Juris-

1. Note au Sirey sous l'arrêt d'Agen précité.

prudence s'est peut-être laissé prendre ici à une question de mots.

Mais il nous paraît inutile dans cette discussion d'analyser plus longuement la valeur des arguments en présence, car ce qui, à notre avis, doit trancher la question, c'est l'opinion de l'ancien droit.

Puisqu'en effet c'est une raison traditionnelle qui nous a fait admettre comme sanction de l'acte frauduleux la nullité préconisée par Lebrun, c'est l'avis même de ce jurisconsulte qui doit être suivi.

Or, Lebrun, ainsi que le relève M. Wahl, à l'appui de l'opinion qu'il préconise, tranchait la question en ces termes :

« Dans les css où la donation faite par le mari est frauduleuse, le donataire ne peut pas prétendre contre l'héritier du donateur qu'il soit tenu de la lui remplacer sur ses propres. La raison est que les coutumes usent de termes prohibitifs en disant que le mari *ne peut* ce qui emporte une nullité de la donation et empêche qu'elle n'ait aucun effet. Cette action en révocation est une révocation des choses données par celui qui n'en avait point le pouvoir et n'oblige point l'héritier à la garantie ».

Cette opinion de Lebrun nous paraît décisive et pour cette raison nous admettons que le donataire évincé n'a point de recours contre le donateur.

Telles sont les conséquences résultant de la nullité qui frappe les donations interdites par l'article 1422 du Code civil.

SECTION III

Le droit commun

I. **Action paulienne.** — Cette nullité de l'article 1422 qui atteint des actes entachés d'une présomption légale de fraude, doit-elle être étendue au droit commun, c'est-à-dire à tous les actes à titre gratuit ou à titre onéreux accomplis par le mari en fraude des droits de sa femme ? Les mêmes raisons, semble-t-il, devraient militer ici en faveur de la même sanction ; puisque Lebrun admettait la nullité de tous les actes frauduleux du mari, puisque c'est cette solution que le Code civil a entendu consacrer pour ceux des actes du mari qu'il a frappé d'une présomption légale de fraude, puisqu'enfin, nous avons admis, qu'indépendamment de cette catégorie, le législateur avait entendu proscrire tous les actes frauduleux pour lesquels la preuve de la fraude serait rapportée, il paraîtrait logique d'admettre que la sanction à appliquer à ces derniers soit celle que préconisait Lebrun, c'est-à-dire la nullité.

Mais le texte de l'article 1422 ne peut être étendu en dehors des cas strictement visés par la loi.

D'où la nécessité dans laquelle se sont trouvés les auteurs et la Jurisprudence de rechercher sur quel texte pouvait être fondé le recours de la femme au préjudice des droits de laquelle le mari avait accompli un acte frauduleux ; autrement dit quelle était la nature juridique de ce recours.

La plupart des auteurs, nous l'avons vu, l'ont présenté comme une simple application de l'article 1167 du Code civil, c'est-à-dire de l'action paulienne. La femme est considérée dans cette conception comme n'étant pas autre chose qu'une créancière de son mari. C'est la thèse qu'admettent bon nombre d'arrêts que nous avons examinés précédemment et qu'acceptent également plusieurs auteurs (1).

II. Objections. — On a fait à cette théorie de sérieuses objections (2).

1° La femme, a-t-on dit, n'est pas seulement une créancière. Son droit est bien plus fort et en tout cas sa situation n'est pas comparable à celle d'un créancier dont le but, à l'aide de l'article 1167 du Code civil, est de faire rentrer dans un gage général un bien diverti par le débiteur. La situation de la femme est beaucoup plus près de celle d'un associé agissant contre un gérant qui a disposé abusivement de l'actif social;

2° L'action Paulienne, fait-on remarquer, n'est instituée que contre les actes par lesquels le débiteur crée ou augmente son insolvabilité. Or, il est extrêmement difficile d'appliquer cette règle ici. Que faut-il en effet entendre par insolvabilité du mari à l'égard de la femme ? Existera-t-elle, demande M. Gaudemet (3), seulement lorsque l'actif commun joint

1. V. notamment : Planiol, t. III, p. 100, n. 1.

2. Voir notamment l'article de M. Gaudemet, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 423.

3. Article précité.

à l'actif propre du mari sera insuffisant pour remplir la femme de ses reprises en valeurs ? Si on admettait cette conception on serait conduit à écarter l'action dirigée contre les actes par lesquels le mari, sans compromettre les reprises de la femme, aurait fait disparaître, par fraude ou malveillance, les économies ou enrichissements réalisés par la communauté. Solution qui est évidemment inacceptable. Si, ajoute M. Gaudemet, on admet l'action dans ce dernier cas, comment parler encore de l'insolvabilité du mari, et comment justifier le droit de la femme par la théorie traditionnelle de l'action Paulienne ?

Ces anomalies et ces critiques ne peuvent nous étonner. Cela vient de ce qu'à défaut du droit commun réglant la matière on s'est servi de l'action Paulienne comme d'une règle de droit commode et répondant, d'une manière satisfaisante, il faut en convenir, à la plupart des cas qui se présentent en pratique.

III. Le point de vue pratique. — C'est qu'en effet, au point de vue pratique, la solution de l'action Paulienne se défend. Elle a même pour elle un gros argument : l'intérêt des tiers. Si intéressants, en effet, que soient les droits de la femme, il n'en n'est pas moins vrai que les intérêts des tiers de bonne foi qui ont traité avec le mari sont aussi respectables et doivent être sauvegardés. Le crédit et par conséquent l'intérêt de la communauté elle-même sont directement intéressés à ce qu'un tiers de bonne foi

ne soit pas atteint par l'action en nullité de la femme. Or, l'action Paulienne ne peut précisément réussir que contre un tiers de mauvaise foi tout au moins quand il s'agit d'actes à titre onéreux. Pour les actes à titre gratuit la question n'a guère d'intérêt, car ou bien il s'agit d'un meuble et le tiers de bonne foi est protégé par l'article 2279 du Code civil ou bien il s'agit d'un immeuble, et nous savons que la donation d'un immeuble est interdite au mari par l'article 1422 du Code civil.

Aussi a-t-on pu dire à juste titre que l'action Paulienne présentait au point de vue pratique ce gros avantage de tenir balance égale entre les intérêts de la femme et ceux des tiers.

C'est pourtant sur le terrain pratique où nous l'examinons maintenant qu'il nous semble voir, davantage encore, l'insuffisance de cette théorie.

L'exemple typique d'un arrêt de la Cour de Paris du 21 juillet 1871 (1) nous servira de démonstration.

L'espèce, fort curieuse, était la suivante :

Un mari, âgé de 78 ans avait aliéné un capital commun de 75.125 francs à charge d'une rente viagère à son profit de 9.700 francs. Celle-ci ayant été stipulée non réversible, s'éteignit à son décès.

La communauté dissoute, la femme qui avait été tenue dans l'ignorance de ces faits d'autant plus facilement que les époux vivaient séparés, ne trouva plus rien au décès de son mari ; tout avait disparu :

tant le capital primitif que les arrérages échus de la rente viagère se montant à la somme de 21.825 fr. Le mari avait tout dissipé sans en faire bénéficier sa femme.

Quel recours allait pouvoir exercer cette dernière ?

Le tiers, débi-rentier avait agi de parfaite bonne foi. Il était par suite impossible de faire tomber le contrat intervenu au moyen de l'action Paulienne et de faire rentrer, sinon le capital aliéné, au moins la différence, déduction faite des arrérages payés.

Vis-à-vis de ce tiers de bonne foi, il est évident qu'une action en nullité pure et simple eut été injuste, mais il n'en est pas moins certain que l'action Paulienne fait ici complètement faillite. La femme ne peut plus actionner en pareil cas que la succession de son mari, mais en vertu de quel texte ?

En vertu de l'article 1437, a déclaré la Cour de Paris dans l'espèce que nous rapportons. Mais voyons la conséquence pratique :

Alors que la femme eut obtenu au moyen de l'action Paulienne, si le tiers avait été de mauvaise foi, l'intégralité du capital dont le mari avait frustré la communauté, elle ne reçoit plus dans le cas présent à titre de récompense qu'une somme très inférieure à ce qu'elle était en droit d'attendre.

La Cour de Paris condamna en effet les héritiers du mari à rembourser à la femme une somme « égale au profit personnel et indu que le mari avait tiré des biens de la communauté », soit en l'espèce une récompense de 21.825 francs !

Ce résultat, évidemment logique en lui-même est tout à fait choquant. Est-il possible de l'éviter?

IV. Action en indemnité. — MM. Baudry-Lacantinerie qui rapportent cet arrêt (1), le critiquent et font justement observer, d'après les motifs mêmes contenus dans le corps de l'arrêt, que « la véritable cause de la récompense n'était pas en l'espèce un profit ou un enrichissement du mari au préjudice de la communauté, mais bien son *dol* et la *fraude* par lui combinés en vue d'appauvrir cette communauté ».

Ils en concluent que l'action de la femme dirigée contre le mari devait avoir pour but la *réparation du préjudice causé à la communauté*, c'est-à-dire le remboursement du capital aliéné 75.125 francs, déduction faite des 21.825 francs d'arrérages reçus, soit 53.300 francs.

Ce résultat, au point de vue pratique, nous paraît beaucoup plus conforme à l'équité. Quant à cette somme de 53.300 francs, ce n'est plus une récompense aux termes de l'article 1437 du Code civil mais le montant d'une *réparation*, réclamée par une action en *indemnité* basée sur le grand *principe de l'article 1382*.

Mais alors, pourquoi MM. Baudry-Lacantinerie qui admettent ce recours, ne le considèrent-ils que comme subsidiaire à celui de l'article 1467 du Code civil et pour le cas seulement où ce dernier est inappli-

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, XVI, n° 650, p. 591.

cable ? Pourquoi cette complication ? Nous voyons ici tout ce que cette théorie de l'action Paulienne a d'inutile et d'artificiel. Son cadre est trop étroit pour le recours qui nous intéresse. Certains auteurs, comme MM. Aubry et Rau, l'ont si bien senti que, sans chercher à approfondir la nature juridique de ce recours, ils ont simplement déclaré : « La femme est en droit de se faire *indemniser* par le mari. » Ils ajoutent qu'elle peut « demander contre les tiers la révocation des actes passés à leur profit lorsqu'ils se sont rendus *complices* de la fraude commise par celui-ci (1) ».

Quant aux auteurs qui admettent l'action Paulienne, ils sont obligés de reconnaître la nécessité de faire appel à un autre principe dans un grand nombre de cas où son application n'est pas possible. N'est-ce pas la meilleure preuve que l'on a écarté ce recours de son champ normal d'application.

Donc, pas d'action en nullité, pas d'action en révocation, mais une action en indemnité.

On peut se demander si cette action en indemnité présentera, en ce qui concerne le recours contre le tiers de mauvaise foi, les mêmes avantages que l'action paulienne ?

Il faut l'admettre et c'est l'occasion de faire ici l'application de la théorie si intéressante de la complicité civile (2).

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 509, p. 326.

2. V. notamment P. Huguency. *De la responsabilité du tiers complice d'une obligation contractuelle*. Thèse Dijon, 1910.

La femme en principe, n'a d'action que contre son mari ; mais si elle peut faire la preuve que le tiers s'est rendu *complice* de la fraude, ce dernier au même titre que le mari lui-même sera tenu pour responsable et devra une indemnité.

Bien mieux, ce système présente l'avantage de pouvoir poursuivre aussi le tiers de bonne foi, au moins dans la limite de son enrichissement. En effet, le donataire de bonne foi profite d'un acte qui est par hypothèse un fait illicite. Il augmente grâce à lui son patrimoine au dépens de la femme créancière du mari fraudeur. Une telle opération ne peut s'analyser que comme un enrichissement sans cause.

V. Théorie de l'abus du droit. — Dans l'article précédemment cité, M. Gaudemet condamnant la théorie qui voit dans l'action de la femme une application de l'article 1167 du Code civil recherche les bases de ce recours et propose une solution originale : il fait l'application à cette hypothèse de la théorie de *l'abus du droit*. C'est une explication ingénieuse, qui, empruntant au droit public une curieuse comparaison, représente l'abus que peut faire de son droit un particulier comme le détournement de pouvoir que pourrait commettre un agent administratif. D'après cette théorie, l'acte du mari n'ayant pas été accompli sans droit n'est pas nul mais comme il constitue un abus, il oblige son auteur à réparation : d'où l'action en indemnité qui revient de ce fait à la femme. Dans l'hypothèse où le mari a

traité avec un tiers de mauvaise foi, M. Gaudemet fait également appel à la théorie de la complicité civile.

Cette explication offre l'incontestable attrait d'une terminologie heureuse. Nulle part ailleurs peut-être l'expression antithétique d' « abus du droit » ne s'est mieux appliquée qu'aux excès de pouvoirs du mari et n'a fait mieux comprendre comment l'exercice d'un droit, licite en soi, peut devenir reprehensible à partir du moment où ce pouvoir légal n'est plus exercé selon les prévisions du législateur ; à partir du moment, par exemple, où la manifestation égoïste de ce pouvoir s'exerce au détriment d'intérêts qu'il devait au contraire respecter et défendre. Cette théorie qui corrige les principes objectifs du droit en tenant compte d'un facteur psychologique acquiert dans l'application qui en est faite aux rapports entre époux une haute portée philosophique. Elle touche à une partie du droit qui cotoie la morale, et elle permet de pousser l'analyse juridique dans un domaine où elle devient particulièrement délicate. Nul doute en conséquence qu'au point de vue spéculatif elle ne présente un très réel intérêt.

VI. Critique et solution. — Mais la théorie de l'abus du droit offre l'inconvénient, à notre avis, de compliquer un peu le problème sans utilité pratique appréciable. Nous avons vu par l'exemple de l'espèce citée plus haut que l'on peut plus simplement analyser le recours de la femme victime de la fraude du

mari en une demande d'indemnité basée sur les termes généraux de l'article 1382 du Code civil. On y est conduit de la manière la plus rationnelle et la plus juridique.

Cette solution qui nous paraît en effet la meilleure en pratique ne rencontre guère d'objections au point de vue théorique.

Les arguments qu'on pourrait tirer des travaux préparatoires tant du Code civil que de la loi du 18 avril 1886 (art. 243 du Code civil) ne peuvent prévaloir contre elle. Les auteurs du Code ne se sont, à aucun moment, préoccupé ni même douté de la discussion juridique à laquelle pouvait prêter l'étude de la question de droit qui fait en somme l'objet de notre thèse. Quant aux travaux préparatoires de l'article 243, une seule chose y apparaît nettement : la volonté du législateur de ne pas créer en l'espèce une situation exceptionnelle mais d'appliquer purement et simplement le *droit commun*. Ce sont les auteurs qui ont prétendu que le droit commun était en l'espèce l'article 1167 parce qu'ils ont pensé à protéger les tiers contre l'effet un peu excessif qu'aurait eu pour eux, étant de bonne foi, une action en nullité. Mais la solution que nous proposons, qui donne aux tiers toutes garanties n'est-elle pas elle aussi, de droit commun ? Ce qu'elle vise, c'est la fraude du mari. Elle ne demande que deux conditions : une faute du mari et un dommage causé à la femme. Son objet est la réparation du préjudice causé.

Il paraît même possible d'aller plus loin et d'affir-

mer que la solution que nous préconisons est la seule qui soit véritablement de droit commun.

Rien n'est moins certain en effet que la nature juridique de l'action Paulienne. Il n'est nullement avéré que l'exercice de cette action doive tendre à la nullité de l'acte frauduleusement consenti. La question au contraire a été posée de savoir si la fraude dont est entaché un acte n'entraîne pas seulement une obligation d'indemniser la victime.

Sans doute beaucoup d'auteurs se prononcent nettement en faveur de la nullité (1).

Mais il n'est pas certain que cette manière de voir soit rigoureusement exacte. Dans une étude très fouillée de la question, M. Acher aboutit à une conclusion tout à fait différente (2). Examinant d'abord le point de vue historique, il conclut à la suite d'un exposé très documenté, que la véritable tradition est franchement contraire à l'idée de la nullité des actes frauduleux et qu'elle « n'a cessé de voir dans l'action Paulienne une action en indemnité, fondée sur la réparation d'un acte illicite et préjudiciable (3) ».

Puis, passant à l'analyse des caractères de l'action Paulienne tels que les a fixés la *coutume* moderne, il arrive à cette constatation que sur les sept carac-

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, I, no 705 ; Planiol, *op. cit.*, II, no 327 ; Laurent, *op. cit.*, XVI, n° 438 et s.

2. Acher, *Essai sur la nature de l'action paulienne* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 85 et suiv.).

3. *Id. ibid.*, p. 104.

tères que cette coutume attribue à l'action Paulienne il n'y en a pas un seul qui se concilie avec la théorie selon laquelle l'acte frauduleux serait un acte annulable, qu'au contraire ils s'expliquent tous dans le système qui voit dans l'article 1167 une action en indemnité.

« Ce système, écrit-il, part en effet d'une idée fondamentale, savoir que l'acte frauduleux est un fait illicite, un délit civil... Il doit donc en vertu de l'article 1382 du Code civil faire naître une créance d'indemnité au profit des victimes. Au point de vue passif cette créance pèse sur l'auteur du délit et ses complices : toutes ces personnes sont tenues solidairement... »

En pratique, l'auteur principal étant insolvable, c'est le complice qui paie et ce système permet de poursuivre celui qui, même de bonne foi, a tiré profit de l'acte délictuel, au moins dans les limites de son enrichissement.

Ce qui, au dire de M. Acher, aurait donné naissance à la théorie de la nullité, c'est ce fait qu'une action en indemnité tend moins à une condamnation à des dommages-intérêts qu'à la réparation du préjudice subi. Or cette réparation est parfaite quand on peut faire rentrer dans le patrimoine du débiteur le bien qui en est sorti. De là serait née l'illusion de l'action en nullité de la vente ou de la donation.

A côté de cette théorie, d'autres se sont fait jour pour essayer de déterminer le caractère complexe et embarrassant de l'action Paulienne. S'appuyant sur

une théorie de M. Japiot (*Des nullités en matières d'actes juridiques*) on a prétendu faire de l'action Paulienne une action mixte, dite en inopposabilité, qui impliquerait l'idée d'une nullité limitée (1).

Certains auteurs estiment vaines toutes ces discussions. D'après MM. Colin et Capitant (2), il faut voir dans l'action Paulienne, une action modelée par les siècles dans un but déterminé ayant des traits caractéristiques spéciaux et une physionomie à part. Ce n'est à leur avis ni une action en nullité ni une action pure et simple en réparation de préjudice causé. Elle tiendrait de l'une et de l'autre.

Cette dernière opinion suffirait à justifier notre solution. Mais la théorie de M. Acher qui semble loin d'être abandonnée (3), permet d'y ajouter un corollaire que, pour notre compte, nous croyons exact : c'est que le principe général condamnant la fraude dans notre droit civil, le principe supposé non écrit dont l'action Paulienne (nous l'avons admis) n'est que l'application, ce principe général ne serait autre que celui de l'article 1382 du Code civil. Ainsi serait complètement élucidée cette question que le manque apparent de textes en notre droit moderne laisse au premier aspect flottante, embarrassante, insaisissable.

1. Grouber, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*. Thèse Paris, 1913.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, II, p. 59.

3. V. dans ce sens : Baicoianu, *L'action paulienne en droit civil comparé*. Thèse Paris, 1922, p. 75.

CONCLUSION

Nous n'avons pas la prétention d'aboutir, à la fin de cette étude, à l'aide d'une synthèse habile, à *une formule* donnant enfin le statut d'un régime matrimonial où, sans briser l'union qui doit, semble-t-il, caractériser le mariage jusque dans la sphère des intérêts pécuniaires des époux, les droits de la femme seraient enfin garantis.

Cette formule, nous ne l'avons même pas tentée, et cela pour deux raisons :

La première, est que tel n'a pas été le but de nos recherches.

Comme nous l'avions annoncé en commençant, notre travail s'est borné à une simple étude critique, — approfondie sans doute, mais limitée pourtant, — d'une question de droit. Nous n'avons pas voulu édifier *un système* et nous croyons être restés dans le domaine de l'analyse pure et simple d'un problème juridique défini.

Sans doute, le point de vue auquel nous avons dû nous placer s'est-il singulièrement élevé, puisque, pour traiter notre sujet, c'est au cœur même de la communauté qu'il nous a fallu toucher.

Ce qui, à notre avis, est susceptible de donner quelque intérêt à ce travail, c'est que, faisant précisément table rase des doctrines et des systèmes, nous nous sommes placés, sans esprit préconçu, devant l'institution de la communauté; reflet elle-même de l'institution du mariage.

Sans faire œuvre d'érudit, n'empruntant au contraire aux enseignements du passé que ce qui est unanimement admis aujourd'hui et nous basant seulement sur des textes incontestables, nous avons remonté le lent travail juridique des siècles, soulignant les erreurs, les déformations et aboutissant ainsi, en dépit des éléments disparates qui la composent, à la compréhension nette et simple de l'institution moderne.

A la lueur du passé, nous avons pu donner à cette institution sa vraie signification. Notre rôle s'est donc borné à constater et à expliquer. D'une telle étude, ne peut sortir une conclusion tendant à l'adoption d'une théorie nouvelle non plus qu'à une modification profonde de l'institution actuelle, mais plutôt à une plus exacte interprétation de celle-ci en vue d'en tirer un meilleur parti.

La deuxième raison pour laquelle nous n'avons pas cru devoir proposer une formule nouvelle de régime matrimonial, c'est que nous ne croyons pas à l'utilité ni à la valeur de telles formules.

Voici comment nous avons acquis cette conviction :

Avant de clore notre travail, nous avons voulu,

hors des discussions théoriques de la doctrine, et même des interprétations jurisprudentielles, nous rendre compte de la manière dont se présentaient *en pratique* les différents problèmes que nous avons étudiés, qui mettent aux prises un mari abusant de ses pouvoirs sur les biens communs et une femme dont les droits sont méconnus et qui est victime de ces agissements frauduleux. Nous avons, à ce sujet, fait une petite enquête auprès de personnes que leur compétence ou leur expérience qualifiaient tout particulièrement pour bien juger de ces questions. Nous nous sommes adressés à des juristes et à des praticiens, notaires, avoués, avocats de diverses régions. (1).

Cette enquête nous a fourni des renseignements très nets sur les trois points suivants :

a) Tous les praticiens reconnaissent le grave inconvénient du régime de communauté : l'impossibilité à peu près complète, dans ce régime tel qu'il est actuellement compris, de protéger les droits de la femme.

Les notaires font remarquer :

1° L'impossibilité dans laquelle se trouve la femme, au moment du mariage, de prendre, en vue

1. Qu'il nous soit permis de remercier ici tous ceux qui ont bien voulu répondre à nos questions. Nous sommes plus particulièrement redevables à M. Jousset de très précieux renseignements. Nous sommes reconnaissants à M. Cotel de s'être mis si obligeamment à notre disposition et à Mme Maria Vérone de nous avoir fait connaître son avis.

des abus frauduleux possibles du mari, des garanties préventives dans son contrat de mariage ;

2° L'insuffisance au cours du mariage des précautions accordées à la femme qui se sent menacée ;

3° Les obstacles que rencontre la femme qui, à la dissolution de la communauté veut faire tomber les actes frauduleux du mari, par suite du défaut de précision de ce que l'on entend par fraude à ses droits et aussi par suite de la difficulté de l'administration de la preuve.

Les avocats et les avoués nous signalent bien aussi, que trop souvent cette faculté accordée à la femme de faire annuler les actes frauduleux du mari reste un droit tout théorique, les difficultés pratiques rencontrées étant considérables. Certains ont gardé le souvenir de nombreux exemples, particulièrement au cours de divorces ou de séparations de corps, dans lesquels le mari avait, en quelque sorte à l'abri des lois, dans la période antérieure à la demande en divorce, entièrement dépouillé sa femme.

b) Sur la question de savoir si l'intervention du législateur ne pourrait apporter quelque remède à la situation de la femme dans la communauté, nous avons rencontré un scepticisme à peu près général.

La raison principale vient de l'échec complet, dans la pratique, de la loi du 13 juillet 1907.

Sur ce point notre enquête a confirmé absolument l'impression que nous avions nous-mêmes et que

nous avons donnée dès le premier chapitre de cette étude.

Au dire des féministes, une bonne part de cet échec serait imputable aux notaires, aux agents de change, à la Banque de France elle-même qui veulent ignorer cette loi et rendent son application difficile. Mais ce n'est pas sans raison non plus qu'on nous fait remarquer, d'autre part, que, cette loi porte en soi le germe même de son insuccès, car permettre à la femme, dit-on, d'administrer en dehors de son mari les produits de son travail et même de disposer seule des biens par elle acquis, c'est vouloir créer une source de désunion dans les ménages et la femme elle-même est hostile à une telle loi.

c) Malgré la constatation générale des tares de l'institution de communauté, malgré l'insuccès évident du législateur pour y apporter des remèdes efficaces, l'opinion dominante reste favorable *au maintien de notre régime légal* (1).

Quelle institution, nous fait-on remarquer, si parfaite qu'elle soit qui n'ait pas son revers ? Or, il s'agit là d'une institution profondément enracinée dans nos mœurs, répondant à nos habitudes, à notre caractère français, et, parfaitement modelée sur le mariage

1. Remarquons que ce sont les notaires qui paraissent être les partisans les plus convaincus et les défenseurs les plus résolus du régime de la communauté. L'opinion de ces officiers ministériels qui sont les conseillers et les confidents des familles, qui sont par conséquent les mieux placés pour se faire juges de ces questions doit peser d'un grand poids et c'est un avis que le législateur ne saurait méconnaître, quels que soient, par ailleurs, les raisons qu'il y aurait d'envisager d'autres solutions.

lui-même. Dans ce contrat, les biens de la femme courent les mêmes risques que sa personne. Mais les vrais abus sont rares et d'autre part, on ne pourra jamais empêcher qu'il y ait de mauvais maris. Il y aura toujours des actes frauduleux comme il y aura toujours des sévices ou des injures graves, causes de divorce. Ce sera d'ailleurs généralement dans les mêmes cas.

Ce n'est pas à dire, ajoute-t-on, qu'il n'y ait rien à reprendre au régime de communauté. Indépendamment des desiderata relatif à l'exercice des actions par lesquelles la femme devrait pouvoir à la *liquidation* demander raison à son mari, des actes faits en fraude de ses droits, on ajoute : il serait souhaitable que la femme fût, *au cours du mariage*, plus étroitement associée aux actes de disposition du mari ; que ce dernier ne puisse vendre ou hypothéquer seul les immeubles de la communauté ni faire des libéralités illimitées sous la seule condition qu'elles soient à titre particulier.

Les résultats de cette enquête accusent donc des tendances contradictoires et presque inconciliables : elles justifient bien les raisons pour lesquelles nous croyons devoir rejeter toute systématisation.

Mais combien, au contraire, il apparaît que les explications que nous avons proposées, que les conclusions que nous avons dégagées au fur et à mesure de notre travail, — et que nous ne pourrions reprendre ici sans tomber dans d'inutiles répétitions

— répondent pleinement aux besoins de la pratique et aux desiderata exprimés.

Ce n'est pas en modifiant le régime de communauté, mais en le comprenant mieux que nous pouvons réaliser un progrès et rendre à la femme la place vraiment digne qu'elle doit occuper au foyer domestique, le rôle *d'égale du mari* qu'elle occupait vraisemblablement dans le droit du XIII^e siècle.

Cette *égalité* n'empêche pas (et nous estimons au contraire que c'est l'essence même de la communauté), que la femme fasse confiance au mari et se livre à lui corps et biens. Elle n'empêche pas non plus que la femme laisse volontairement le mari traiter les affaires communes et il convient même qu'elle ne s'immisce pas malencontreusement dans cette administration ; mais, que survienne un acte qui trahit sa confiance, nous voulons que la femme, reprenant *tous ses droits* puisse exiger la *réparation du préjudice* qui a pu être commis au mépris de ceux-ci.

Point n'est besoin pour aboutir à ce résultat d'une réforme de notre institution. C'est dans l'application suffisamment souple et large des principes de notre droit moderne et coutumier que doit être trouvé le remède.

Nous avons vu comment la Jurisprudence était franchement entrée dans la voie de ce contrôle, comment elle s'était ingéniée à faire condamner les fraudes du mari sous ses formes les plus diverses et comment, même, elle en était arrivée à biffer

véritablement ce principe que le mari n'a pas à rendre compte de sa gestion.

Mais, d'une part, cette Jurisprudence est gênée par l'absence de textes et d'une définition même de la fraude ; d'autre part (et notre enquête nous l'a confirmé), la femme demanderesse est arrêtée par les difficultés de la preuve à fournir. Enfin les juges hésitent devant la nature de la sanction à appliquer.

Nous croyons avoir fait la lumière sur tous ces points et nos solutions permettent : à la femme, l'exercice d'un recours facile ; aux tribunaux, un très large pouvoir d'appréciation.

Il ne faudrait pas croire cependant (nous nous attendons à cette critique), que nous tombons dans l'arbitraire. En maintenant en dehors des cas de fraude visés par la loi, un principe général de défense faite au mari d'agir en fraude de sa femme, nous revenons simplement au droit commun qui pour nous, on s'en souvient, est l'article 1382 du Code civil. Or il n'y a pas plus d'arbitraire dans l'application de ce principe général qu'il n'y en a dans l'application la plus usuelle de l'article 1382 lui-même.

Sans doute le pouvoir d'appréciation des tribunaux sera très grand car, au fond, il y aura toujours une multitude de questions de fait à résoudre, mais il nous semble qu'il faille résolument élever le débat et poser la question de savoir si en pareille matière il n'est pas du rôle même de la jurisprudence d'intervenir pour suppléer au silence des textes, et

s'inspirant d'une part de la tradition, d'autre part des nécessités modernes, de faire en somme ce que le législateur n'a pas fait ou n'a pu prévoir.

A cette question nous croyons qu'on peut sans hésiter répondre par l'affirmative. Autrefois déjà Portalis considérait la Jurisprudence comme « un supplément de législation » et il faut voir combien clairvoyante fut dans le discours préliminaire sur le projet du Code civil la description du rôle de la Jurisprudence (1).

« Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout... C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. A défaut de textes précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi... C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas. »

Et plus notre droit et nos mœurs s'affinent ou se compliquent plus se trouvent vérifiées ces paroles (2).

1. Fenet, *travaux préparatoires*, t. I, p. 467-476.

2. M. Planiol l'a fait ressortir précisément à propos de la responsabilité civile (*Etudes sur la responsabilité civile*. *Revue critique*, 1905, p. 283).

Tout récemment M. Nast (1) définissant, à son tour, le rôle de la jurisprudence dans notre droit moderne, lui accordait trois fonctions très nettes : l'une consistant à *appliquer* la loi, une autre consistant à *l'adapter* aux idées et aux nécessités contemporaines, la troisième (*fonction créatrice*) destinée à combler les lacunes de la loi et à établir là où elle est muette des règles juridiques nouvelles.

Faisant raison précisément du reproche d'arbitraire que l'on prétend adresser dans certains cas à la jurisprudence, il concluait : « cet arbitraire, s'il est vrai qu'il existe, est nécessaire puisque seul il permet le *progrès juridique* ».

Enfin, il faut citer ici le texte du premier article du Code suisse de 1912 qui consacre les mêmes idées dans des termes tels qu'ils semblent faits exprès pour le sujet que nous traitons : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

On pourrait objecter enfin, qu'en admettant que notre solution facilite à la femme l'exercice de son action contre le mari, ce n'est *qu'à la dissolution* de la communauté qu'elle peut agir, c'est-à-dire

1. La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française. Conférence faite à Strasbourg le 9 décembre 1921. Imp. alsacienne, 1922.

bien tardivement. La femme pendant le mariage reste désarmée et étrangère.

Sans doute, il ne peut être question, sans créer la désunion du ménage, de donner à la femme, pendant le mariage, le droit de s'immiscer dans la gestion du mari et d'exiger que des comptes lui soient rendus.

Mais :

1° L'action qui lui est donnée n'est pas trop tardive si on admet qu'il s'agit d'une action en indemnité fondée sur l'article 1382 ayant pour but la réparation d'un préjudice et pouvant réagir, nous l'avons vu, même sur le tiers de bonne foi, au moins dans les limites de son enrichissement. Quant au mari, il reste tenu sur tous ses biens et s'il n'en a pas, la femme aura toujours le moyen quand la dissolution du mariage a lieu du vivant des époux, en cas de divorce par exemple, de faire saisie-arrêt sur son salaire ou son traitement. Cette situation en tout cas ne se compare pas avec celle où la femme n'agissant qu'en vertu de l'article 1347 du Code civil ne peut poursuivre son mari que dans la mesure de son enrichissement ;

2° Du jour où on aura subsisté dans la communauté, à l'idée de pouvoirs absolus et illimités du mari, l'idée de devoirs à remplir sous peine de se voir contraint d'indemniser la femme, il semble que le mari sera enclin à plus de circonspection en ce qui concerne la gestion des biens communs.

Pour éviter même de voir suspecter de fraude les

actes importants d'aliénation, ou les donations de valeurs mobilières à titre particulier qu'il pourrait faire au cours de la communauté, il sera conduit à ne passer de tels actes qu'avec l'assentiment de sa femme et en présence de cette dernière. Il se produira là ce que nous avons étudié à propos des donations conjointes de biens dont l'aliénation par le mari seul est interdite par la loi. La présence de la femme à l'acte écarte toute présomption de fraude.

Ainsi serait réalisée, la pratique aidant, par la remise en vigueur de principes oubliés, cette collaboration des époux au cours du mariage qui caractérisait précisément la communauté du ^{xiii}^e siècle. Ce retour à l'origine aurait le double avantage de constituer un progrès tout à fait conforme aux aspirations modernes et de rendre à l'institution le caractère véritable qu'elle avait perdu.

Vu : le Président de la thèse,

LÉVY-ULLMANN

Vu : le Doyen,

BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL

TABLE DES MATIÈRES

Bibliographie.....	Pages 5
Introduction.....	9

PREMIÈRE PARTIE

Les données du problème et son champ d'application

CHAPITRE PREMIER. — Les actes que le mari peut accomplir sur les biens communs.

Section I. — Aperçu de notre législation actuelle... 17

I. — Importance des pouvoirs du mari..... 17

II. — Champ d'application des articles 1421 et 1422 du Code civil..... 23

III. — Rigueur des principes..... 28

Section II. — Evolution des pouvoirs du mari..... 32

Sens de cette évolution..... 32

Aperçu historique..... 37

Section III. — Caractère et limites des pouvoirs du mari en droit moderne. (Discussion du problème). 49

I. — Théorie du mari seigneur et maître..... 49

II. — Réformes demandées..... 52

III. — Nature juridique des pouvoirs du mari.... 59

1^{re} explication : la communauté est une société.. 59

2^o Explication : mandat légal..... 62

3^o explication : Le mari administrateur..... 63

Section IV. — Explication proposée (solution du problème précédent)..... 65

CHAPITRE II. — Les droits de la femme.

Section I. — Définition du droit de la femme sur la communauté..... 74

I. — Droit conditionnel..... 75

II. — Droit éventuel..... 77

<i>Section II.</i> — Droits conférés à la femme en réaction des pouvoirs du mari.....	79
<i>Section III.</i> — Nature juridique de la communauté.	86
I. — La communauté personne morale.....	86
II. — La communauté copropriété indivise.....	89
III. — Théorie de la gesammte hand.....	92
<i>Section IV.</i> — Tendances modernes d'émancipation féminine.....	100
I. — Les idées.....	100
II. — Les faits.....	103
III. — La loi.....	105
<i>Section V.</i> — Conclusion.....	106
CHAPITRE III. — La notion de fraude et l'acte fraudu- leux.	
<i>Section I.</i> — Les textes.....	111
<i>Section II.</i> — La tradition.....	123

DEUXIÈME PARTIE

Le problème dans ses applications pratiques Solutions de doctrine et de jurisprudence

CHAPITRE PREMIER. — La fraude du mari dans les actes à titre gratuit.	
<i>Section I.</i> — Conception des anciens auteurs.....	137
Théorie de Pothier.....	138
Théorie de Lebrun.....	140
<i>Section II.</i> — Les présomptions légales du Code civil.	143
A) Excès dans la donation.....	143
Jurisprudence.....	146
Théorie de Huc.....	150
Théorie des auteurs modernes.....	152
Théorie de M. Wahl.....	158
B, Réserve d'usufruit.....	163
C, Exception en faveur des enfants communs...	167
<i>Section III.</i> — Le droit commun.....	170
CHAPITRE II. — La fraude du mari dans les actes à titre onéreux.	
1 ^o Actes simulés.	188

Remarque : au sujet des aliénations à fonds perdus ou à charge de rente viagère sur la tête du mari seul.....	193
2° Hypothèse de l'article 1167.....	199
3° Actes matériels de détournement frauduleux.....	205
Observation I. — Administration de la preuve.....	210
Observation II. — Distinction entre la fraude et le divertissement ou le recelé.....	222
CHAPITRE III. — Cas particulier de l'instance en divorce ou en séparation de corps.....	223
Section I. — Sens et portée de l'article 243 du Code civil.....	234
Section II. — Aliénations mobilières.....	244
Observation. — Distinction entre les règles relatives à la fraude et les prescriptions de l'article 252 du Code civil <i>in fine</i>	250
CHAPITRE IV. — Sanction des actes frauduleux.....	255
Section I. — Donations interdites par l'article 1422.....	256
I. — Théorie de M. Wahl. Droit à récompense...	257
II. — La nullité : son caractère, ses conséquences.	264
1° Caractère de la nullité. Qui peut la demander ?.	264
2° Quand la femme peut-elle agir ?.....	267
3° Cette nullité peut-elle être couverte ? (Théorie des donations conjointes).....	268
4° Situation du donataire évincé.....	272
Section II. — Le droit commun.....	277
I. — Action Paulienne.....	277
II. — Objections.....	278
III. — Le point de vue pratique.....	279
IV. — Action en indemnité.....	282
V. — Théorie de l'abus du droit.....	284
VI. — Critique et solution.....	285
Conclusion	290

